Collezione di Opere Giuridiche ed Economiche

VITTORIO POLACCO
PROFESSORE ORDIN. DI DIRITTO CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PADOVA
SENATORE DEL REGNO

LE OBBLIGAZIONI

NEL

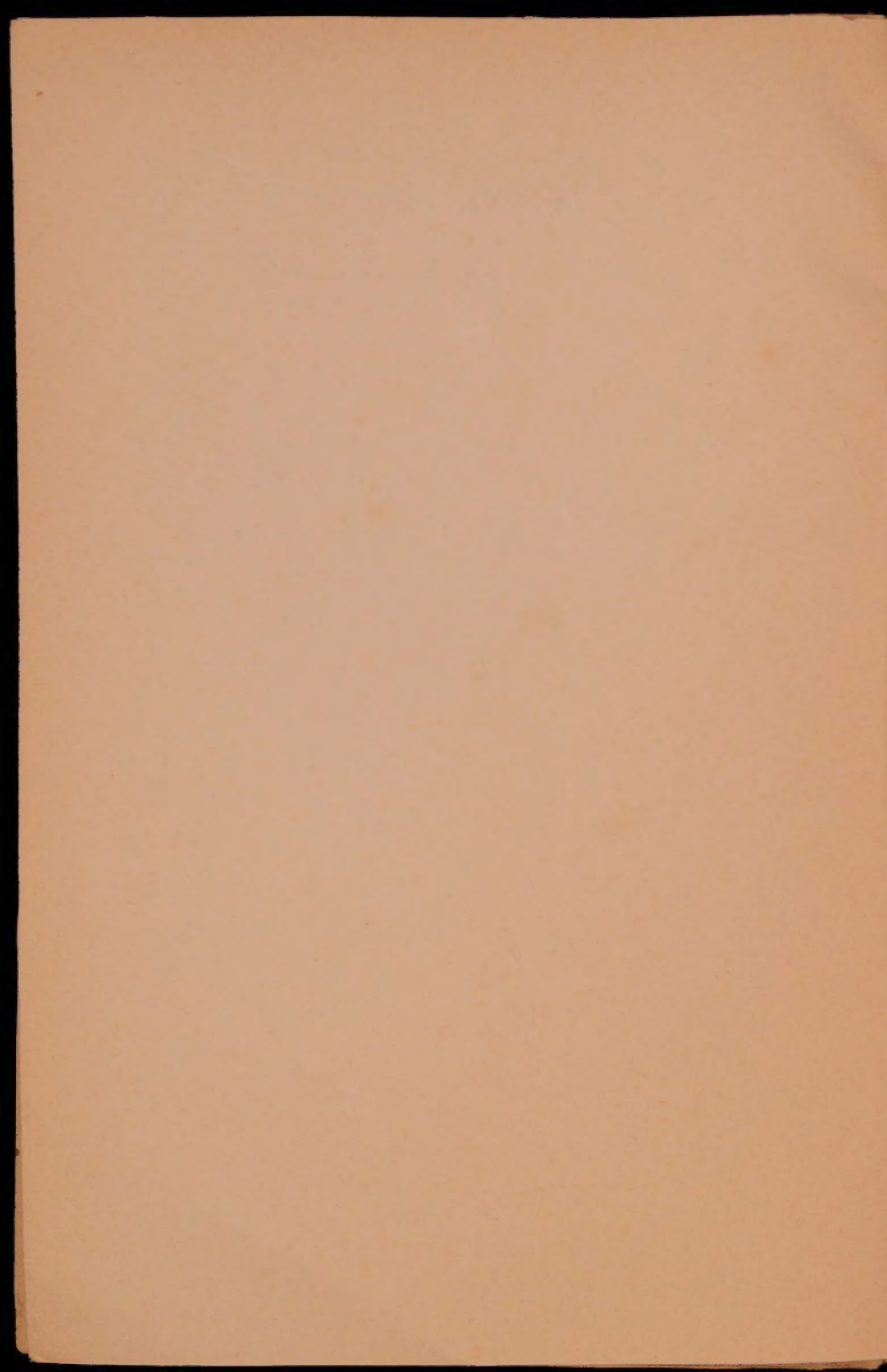
DIRITTO CIVILE ITALIANO

VOLUME I - PARTE I

Generalità - Nozione dell'obbligazione - Suoi elementi

SECONDA EDIZIONE
RIVEDUTA ED AMPLIATA

ATHENAEUM
ROMA - 1914

A l' Alberto Morelli
fraternamente
V. P.

Collezione di Opere Giuridiche ed Economiche

VITTORIO POLACCO
PROFESSORE ORDIN. DI DIRITTO CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PADOVA
SENATORE DEL REGNO

LE OBBLIGAZIONI

NEL

DIRITTO CIVILE ITALIANO

I.

Generalità - Elementi costitutivi delle obbligazioni - Obbligazioni naturali, alternative, generiche, a termine - Effetti delle obbligazioni in generale - Caso, dolo, colpa contrattuale, mora e relativa liquidazione dei danni

SECONDA EDIZIONE
RIVEDUTA ED AMPLIATA

ATHENAEUM
ROMA - 1914

PREFAZIONE ALLA II EDIZIONE

Impedimenti di varia natura hanno frustrato sin qui il mio proposito di proseguire il *Corso sulle obbligazioni* iniziato parecchi anni fa. Intanto, esaurita l'edizione del primo volume, numerose lusinghiere richieste mi inducono a ripubblicarlo prima di accingermi alla continuazione del *Corso*. Non si tratta di una pura e semplice ristampa, chè la fortuna arrisa al volume non mi illude sino al punto di non ritoccarlo; in una materia così viva com'è questa delle obbligazioni, sarebbe colpa grave il non far tesoro di nuovi studî ed atteggiamenti sia della dottrina, sia della giurisprudenza, per non dire poi delle correzioni ed aggiunte che mutamenti di legislazione nazionale o straniera rendono qua e là necessarî: basti ricordare per esempio il *Codice federale svizzero delle obbligazioni*, che abrogò dal 1° Gennaio 1912 quello tante volte richiamato nella prima edizione. Ma d'altra parte io ho dovuto resistere alla tentazione di troppo addentrarmi in discussioni (specie sul concetto e il contenuto di obbligazione) che in Francia e tra noi si sono accese da circa un decennio con quell'ardore che parea tutto proprio della scienza germanica. Non ch'io sottoscriva senz'altro alla sentenza di

chi li reputa *svaghi innocenti,* convenendo invece col Pacchioni (1) che « la ricerca scientifica anche aberrante, non è mai infeconda di risultati. » Ma certo è a dubitare se le risultanze, in gran parte almeno, siano di un'entità pratica adeguata al grande sforzo dialettico, che hanno costato e che costano. Oltre di che nel rifare faticosamente la strada già battuta da gran tempo in Germania, si corre il pericolo di ripetere quello che suole accadere nel regno della moda: il figurino d'oltr'alpe arriva qui quando oramai era tramontato o stava per tramontare nel paese d'origine. Accennerò dunque, semprechè ne ricorra l'occasione, a codesto movimento scientifico, non foss'altro perchè non manchi una traccia a quelli fra discepoli della mia scuola che si sentano particolarmente attratti alle filosofiche discettazioni, ma sarà mio sforzo di contenermi entro modesti limiti, tra per il desiderio che non venga sformandosi il piano del lavoro quale originariamente fu da me concepito, tra per il convincimento in me sempre vivo che, se si vuole sul serio ravvivare gli studî della cosidetta ragion civile raccostando la pratica alla teoria, siano da abborrire le nebulose astrattezze, da cui « sulla pratica non può scendere che dannosa grandine e non già pioggia benefica. » Ho in ciò alleato Vittorio Scialoia, di cui sono le parole or ora trascritte (2), nè saprei davvero sotto auspici migliori porre la ripresa dell'opera mia.

Padova, 1913.

---

(1) Nella prima delle sue Appendici alla traduzione del *Le obbligazioni* del Savigny, vol. I (Torino, Unione, 1912), pag. 489-490.

(2) *Diritto pratico e diritto teorico* in *Rivista del Diritto commerciale etc.* Vol. IX (1911), Parte I, pag. 941.

PREFAZIONE ALLA I. EDIZIONE

Dice assai bene il BEKKER, nel presentar il secondo volume del suo *Sistema delle Pandette*. che ogni prefazione si risolve in una giustificazione. Ora se c'è lavoro che di giustificazione abbisogni, è questo che mi decido a pubblicare dopo non brevi esitanze. Mi preme che non si scambi per un trattato un puro e semplice corso scolastico e che si sappia d'altra parte perchè ho consentito di venire in aiuto ai miei discepoli col dare alle stampe lezioni modestamente loro impartite. A ciò mi ha costretto il dilagare delle litografie, così funeste all'insegnamento universitario, sempre riprovate nella mia scuola, ma tuttavia minaccianti di penetrarvi ora che se ne è fatta anche fra noi una speculazione commerciale per opera di terzi all'Università del tutto estranei. Al pericolo di una riproduzione litografica da me non controllata ho preferito allora la stampa per diretta opera mia, sì da evitare che mi si attribuisca la paternità di cose che non ho dette, ovvero dette in modo diverso da quello potuto afferrare da uno stenografo probabilmente non giurista.

L'intento di servire alla scuola, se toglie ogni pre-

tesa di novità o di compiuta dottrina al libro, non ho creduto tuttavia mi dispensasse da ogni e qualsiasi apparato bibliografico, nè dal manifestare qua e là opinioni o seguire sistemi di trattazione disformi dalla corrente più in voga. Non sono esclusivista nel metodo, e però mi guardo bene dal censurare chi nel dare alla luce un corso di lezioni deliberatamente si astiene da ogni citazione e mira più che altro a dogmatizzare, sebbene questo metodo, lodevolissimo nei trattati di Istituzioni, lo sia forse meno nei corsi di lor natura monografici. Ma certo non si vorrà disconoscere il vantaggio inerente all'opposto sistema, come quello che abitua fin dal principio i giovani all'arte del discettare e li familiarizza con i più valorosi cultori degli studî giuridici, incitamento e guida ad approfondire da sè gli studî stessi meglio che non si possa negli angusti limiti delle nominali nostre *annate accademiche*.

Nell'ipotesi poco probabile, ma pur sempre possibile, che il libro esca dalla cerchia degli studenti ai quali propriamente si indirizza, desidero si sappia che io per primo avverto le ineguaglianze della trattazione, dove in modo elementare succinta, dove piuttosto diffusa. Ciò si connette per doppia ragione al carattere scolastico dell'opera: anzitutto la piaga delle vacanze, nelle quali ogni anno l'imprevisto ha tanta parte, basta a scompaginare le misure di ogni ben formulato programma: poi non deve, a mio avviso, togliersi al docente la facoltà di insistere più di proposito su questa o quella parte del trattato, inquanto la creda meglio opportuna a sviluppare il criterio giuridico dei discenti, sia pure che ne resti un po' turbata l'economia del corso. È ciò che io ho fatto, per

esempio, in riguardo alle obbligazioni naturali, dichiarandone appunto il didattico intento.

Quanto all'ordine della trattazione, esso in gran parte risulta dal prospetto posto al n. 53. Qui noterò soltanto che io riprovo, specie in un trattato scolastico, il sistema di svolgere subito, a proposito della distinzione delle obbligazioni, gli argomenti quanto mai intricati della solidarietà e della indivisibilità. Essi presuppongono troppe cognizioni sul modo di funzionare dell'obbligazione in generale e in particolare sulle cause di sua estinzione, onde mi parve più proprio, per ragion di chiarezza e a scanso di stucchevoli ripetizioni, lo studiare prima in tutte le sue fasi il caso di obbligazione semplice, con un debitore ed un creditore, poi il caso complesso di pluralità di subbietti, inducente o per se stessa o per la qualità della prestazione dovuta l'applicazione di norme speciali. Che se altrettanto non feci riguardo alle obbligazioni naturali, gli è perchè lo svolgimento loro era fin da principio indispensabile a lumeggiare per via di contrasto il concetto della vera e propria obbligazione civile.

Considerazioni analoghe a quelle or ora indicate per le obbligazioni solidali e indivisibili mi hanno indotto a segregare dal tema degli effetti dell'obbligazione quello, pure tanto strettamente connesso, dei mezzi onde assicurarne e conseguirne l'adempimento. Come infatti sarebbe stato possibile, per dirne una, il dare sufficiente svolgimento al titolo dell'azione pauliana, sulla cui applicabilità a questo o a quel modo di estinzione delle obbligazioni tanto si disputa, senza avere prima esaminate le varie cause per cui il vincolo obbligatorio può sciogliersi?

Tutto ciò ch'io dovevo dire a mia giustificazione parmi

di averlo detto. Non per questo il corso che pubblico sfuggirà a meritata condanna, ma valga almeno come attenuante quello che è stato per me il movente precipuo, il desiderio cioè di non apparire scortese od ingrato di fronte alle lusinghiere insistenze dei miei giovani alunni.

Padova, Maggio 1898.

PARTE PRIMA

Generalità. Nozione dell'obbligazione. Suoi elementi

PROLEGOMENI.

SOMMARIO: 1. Distinzione dei diritti patrimoniali in diritti reali e diritti di obbligazione. — Si definisce l'obbligazione. — 2. Ubicazione della materia nel nostro Codice. — 3. Importanza della Teoria delle obbligazioni. — 4. Terminologia.

1. In due grandi zone si divide il campo vastissimo dei diritti patrimoniali: abbiamo cioè diritti reali da un lato, obbligazioni o diritti di credito dall'altro (1). Gli uni e gli altri entrano poi ad uguale titolo nel patrimonio, essendo in *bonis nostris*, per dirla col testo romano, tanto, ad esempio, un diritto di proprietà o di servitù quanto un diritto di obbligazione e la relativa azione data dalla legge a suo presidio (2). Gioverà porre sin d'ora, come punto di partenza, la definizione del nostro istituto, salvo a renderne ragione in seguito con una minuta disamina dei suoi elementi. Diremo pertanto che chiamasi obbligazione il rapporto giuridico patrimoniale in forza di cui una persona (che dicesi *debitore*) è vincolata ad una prestazione (d'indole positiva o negativa) verso altra persona (che dicesi *creditore*).

---

(1) Per un concetto di diritti patrimoniali più ristretto di questo, che è proprio della comune dottrina, si pronunzia il VENEZIAN, *Dell'usufrutto* ecc. Vol. II (Napoli, Marghieri 1912, nel Commento del Cod. civ. del FIORE) n. 343, pag. 694 e segg. Non è questo il momento e il luogo di discuterlo.

(2) l. 49 D. de verb. significat. 50, 16.

In sostanza è il concetto romano, quale trovasi racchiuso nel notissimo pr. Inst. de obl. 3. 13 « *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* ».

Senonchè contro tale significazione del passo, per cui vi si conterrebbe la definizione dell'istituto così com'è concepito dalla dommatica tradizionale, è insorto fra noi il PEROZZI, primieramente nella prolusione, dal titolo *Le obbligazioni romane,* tenuta il 14 aprile 1902 nell'Università di Bologna e pubblicata con ampie note l'anno appresso (Bologna, tipi Zanichelli) e più tardi nel suo trattato di *Istituzioni* (1). Nè è questione di parole, ma di sostanza. Il PEROZZI, che batte in breccia pure un'altra legge romana solita ad invocarsi per accentuare il concetto specifico della *obligatio* (cioè la l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7), contesta in Diritto giustinianeo ogni ragion d'essere a questa speciale figura giuridica, la quale si risolve, a suo avviso, e quasi direi si stempera nel mare magno degli obblighi giuridici in generale. È vano, egli pensa, ogni sforzo diretto a trovare nei doveri di condotta incombenti al debitore un *quid* caratteristico per cui si differenziino dai doveri di condotta correlativi a qualsiasi altra specie di diritti subbiettivi, ogni rapporto giuridico inducendo pur sempre a carico di qualcuno un *vinculum iuris* in favor d'altri, posto che l'espressione *vinculum iuris* del testo la si abbia da prendere, con la dottrina comune, nel senso di dovere che unisce, che lega il debitore al creditore. Gli è che invece, secondo il PEROZZI, ben altro è il significato di codesta espressione. « *Vinculum iuris*, egli scrive, non vuol dire il legame ideale che avvince il debitore al creditore, ma il vincolo del debitore in antitesi alla libertà degli altri cittadini; l'obbligazione è *vinculum iuris* non perchè lega l'uno all'altro, ma perchè lega l'uno e non lega gli altri » (2). Queste parole che, prese a sè, appaiono di colore alquanto oscuro, vengono lumeggiate da premesse di carattere storico, nelle quali sta il nocciuolo della tesi dell'illustre romanista. Egli risale all'età gentilizia. Dalla originaria assoluta indipendenza dei singoli gruppi (*gentes*) per cui una gente non era mai tenuta a nulla verso di un'altra (nel che si ravvisò pur sempre dai Romani la condizione naturale, normale, designata col nome di *liber-*

---

(1) PEROZZI, *Istit. di Diritto romano*, Vol. II (Firenze, Barbera 1908) § 123, pag. 1-10.

(2) Cit. *Obbligazioni romane*, pag. 73-74.

tas) si passa col successivo accostamento di sedi e di vita verificatosi tra le genti, ad una specie di diritto internazionale a loro comune. Per esso si ammise che certi casi di offese patite da membri di una *gens* per opera di membri di un'altra, legittimassero una pretesa della gente offesa a vendicarsi della lesione patita o ad ottenerne soddisfazione, a meno che la gente cui apparteneva l'offensore non preferisse allontanare da sè ogni responsabilità col consegnare il colpevole in balìa della gente offesa. In un secondo stadio storico, molto più tardivo, certi tipi di affari si stringono fra gente e gente vincolando l'una ad una prestazione verso l'altra. E se la prestazione manca, ciò costituisce a sua volta un'offesa legittimatrice di vendetta (1). Sono fondate così le due cause romane di obbligazioni sole ammissibili: *contratto e delitto*, inteso contratto come sinonimo di negozio, di affare in genere, il che risponde a relazioni di pace (affare) o relazioni di guerra (delitto) possibili fra gruppo e gruppo (2). Tutto ciò si ripeta in ordine a quell'ulteriore assetto giuridico sociale di Roma antica in cui sottentrano alle genti le famiglie che sorgono dal frangersi e sparir delle genti come unità politiche. Certo fra i componenti il gruppo (gente o famiglia) corrono reciproci obblighi, ma connaturali allo stato che in seno ad esso ciascuno riveste (di padri e quindi domini, o di dipendenti, come figli, schiavi, clienti) obblighi necessarî e sufficienti alla vita di gruppo. E più tardi, federatisi questi gruppi nella città, correranno altresì gli obblighi necessari e sufficienti alla convivenza dei gruppi in seno alla *civitas*. Ma questi *obblighi* per così dire interni, necessari, normali, non hanno nulla a che fare con le *obbligazioni* dianzi descritte, che gravano il membro di un gruppo per determinati rapporti incontrati fuori del gruppo e inducono per lui uno stato di *asservimento*, nel senso di cessazione dello stato normale di *libertas* del gruppo e dei suoi componenti rispetto agli altri gruppi. Trattasi proprio di uno stato personale: si è *obbligati* (*nexi*) come si è liberi o servi e ciò in contrapposto a tutti gli altri che godono la naturale *libertas* del gruppo, perchè non entrati in rapporti simili intergentilizî od interfamigliari. Era dunque e solo una ragione storica che contrassegnava dell'impronta di obbligazioni taluni obblighi giuridici, distinguendoli dagli altri. E il loro elenco doveva necessariamente chiudersi col cessare della vita gentilizia, il che infatti

---

(1) Cit. *Istituzioni* ecc., pag. 2.

(2) Cit. *Obbligazioni romane*, pag. 59 comb. con la nota di pag. 35 e segg.

avvenne tosto per le *obligationes ex delicto* ed in età più tarda per quelle *ex contractu*, perchè soltanto verso l'età augustea, venuto meno sin nella memoria quel tipo di vita primitiva di gruppo, in relazione al quale una causa d'obblighi poteva essere considerata causa di un asservimento, nessun nuovo rapporto contrattuale d'obbligo fu più chiamato *obligatio* (1) tanto che si può dire che « il Diritto romano non ha *l'obligatio*, ma ha le *obligationes*, cioè dei singoli casi fissi di obblighi, in cui si vedevano degli asservimenti (2) ». E come questo era un concetto arcaico, ne viene che di *obligationes*, come di doveri di condotta distinti da tutti gli altri obblighi in generale, più non si sarebbe dovuto far cenno nel Diritto giustinianeo. Esso invece si ostina a parlarne come di entità a sè e a volerla definire, ma, come la definizione non può alludere a caratteri dogmatici, ma a caratteri storici ch'erano oramai tramontati, ben « si può dire che nel *Corpus iuris civilis* l'obbligazione romana è imbalsamata di fresco e per ciò par viva; in realtà è fatta salma e a noi non resta che dir quel che fu in una specie di *laudatio funebris* di essa (3) ».

Tale la tesi del PEROZZI. Della quale, tuttochè qui riassunta *per summa capita*, potrà parere ch'io faccia troppo lungo discorso in un libro consacrato al Diritto positivo italiano. Gli è che i citati scritti del PEROZZI, già meritevoli di speciale ricordo pel valor singolare del dotto romanista e sottilissimo critico, non hanno importanza solo pei cultori del Diritto romano, ma, intaccando alla radice il concetto dell'istituto, appartengono al novero delle opere più notevoli comparse sulla teorica delle obbligazioni in generale dopo la prima edizione del presente volume. Non può essere infatti indifferente anche pel civilista, solito a guardare più che mai in questo campo al Diritto romano come al gran faro di luce, il vederne scalzato, proprio da un romanista, il valore dommatico, con grande esultanza certamente di quanti proseguono talune correnti nuovissime di idee, di cui si toccherà in appresso, circa i diritti patrimoniali e il fondamento della loro bipartizione in obbligazioni e diritti reali. Basti riferire ciò che il PEROZZI scrive a pag. 14 in nota della sua prolusione a proposito di quella ch'ei chiama la pseudo definizione di Paolo: « *Purtroppo* la pseudo definizione di Paolo fu causa che la scienza giuridica *creasse la categoria di dubbio*

(1) Cit. *Istituzioni*, pag. 4-5.

(2) Cit. *Obbligazioni romane*, pag. 3.

(3) Cit. *Obbligazioni romane*, pag. 56.

valore dei diritti patrimoniali *e distinguesse poi questi* nei due campi dei diritti reali e di obbligazione ». Io non vorrei anzi (e me lo perdoni l'illustre Collega) che proprio quest'avversione d'indole concettuale — sistematica abbia influito a priori, senza ch'egli se ne avvedesse, sulla sua ricostruzione storica. Della quale e delle interpretazioni e contrapposizioni di testi e di vocaboli, nonchè delle troppo spesso invocate interpolazioni onde sorreggere la propria tesi o sbarazzarsi di argomenti avversarî, lascio il giudizio ai competenti (1). Io mi limito ad alcuni interrogativi. Quel certo che di vano e di indistinto (2) che il PEROZZI imputa alla nozione tradizionale della obbligazione e al modo comune di intendere i più volte cennati passi, non lo si ha invece in quel tal concetto di *asservimento* ch'egli si affretta a qualificare puramente ideale (3)? E non si cela forse un equivoco in quell'idea di *stato personale* sulla quale si impernia la tesi in esame? Ma anche in oggi

(1) Ch'io mi sappia, espressa e completa adesione alla ricostruzione del PEROZZI non è venuta da parte di alcun romanista, sostanziale opposizione da più d'uno. Gli si accostano il MITTEIS, *Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, in BINDING, *Syst. Handb. der deutsch. Rchtsw.* I, (Leipzig, Duncker-Humblot 1908), n. 38, pag. 86 ed il WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat* in *Zeitschr. der Sav. Stift.*, *Romanist. Abth.*, XXXI (1910), pag. 229 in nota, sul punto di ammettere due sole fonti di obbligazioni e il MITTEIS altresì nel ritenere che il contrapposto delle due categorie fosse proprio del diritto processuale (*vindicationes e actiones*) più che del diritto sostanziale; fra i nostri gli si accosta il MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I (Roma, Athenaeum 1912) pag. 14 e segg. sul punto che l'*obligatio* restassé ristretta nell'antico diritto e nel diritto classico solo ad un certo numero di rapporti obbligatorî; tuttavia ne dà un elenco diverso e più esteso che non il PEROZZI, dal quale inoltre dissente sia perchè non contesta per questo che i Romani possedessero il concetto astratto di *obligatio*, sia pel criterio ben diverso (il pegno di persona libera) su cui lo asside. Decisamente combattono le idee del PEROZZI il BRINI, *L'obbligazione nel Diritto romano* (Bologna, Zanichelli 1905) il CARUSI, *Sul concetto di obbligazione* in *Studi in onore di V. Scialoja*, I. (Milano, Hoepli 1905) pag. 123-164, il FADDA, *Teoria del negozio giuridico* (Napoli, Alvano 1909), §§, 21-23, pag. 29-33, il BONFANTE, *Lezioni su le obbligazioni*, Anno accademico 1911-1912 (Pavia, Marelli, 1911), pag. 8 e segg., il PACCHIONI, cit. trad. delle *Obbligazioni* del SAVIGNY, Appendice I, pag. 649 e segg. — Cfr. pure BOZZONI, *Sulle fonti delle obbl. romane* (Paravia senza data).

(2) V. specialmente cit. *Obbligazioni romane*, pag. 153.

(3) Parlando infatti del sottoposto alla *obligatio* egli lo dice *idealmente* legato soggiungendo: « Non si pensi, come alcun fa, alle ritorte che stringevano i *nexi* nella custodia del creditore » cit. *Obbl. romane* pag 64.

noi potremmo dire di un qualsiasi individuo *compendiosamente*, senza discendere cioè al contenuto dei suoi singoli debiti, che trattasi di persona *gravata* di debiti, di un indebitato, di un oberato, di un fallito, di persona *in istato* di fallimento! E se queste qualifiche, in contrapposto a chi è *libero* da debiti vogliamo chiamarle (con estensione del significato normale), *stato personale* di quel tale individuo, sarà una pura questione di parole e in realtà di poco rilievo. Tutto sta a intendersi. Ma che perciò? Se non vogliamo fermarci al puro suono dei vocaboli, bisognerà pure descrivere il contenuto di questo *status* di obbligato, come si fa quando si vuol dare il concetto dello *status libertatis*, dello *status civitatis*, etc. E quel contenuto è bene rappresentato dalla *necessitas alicuius solvendae rei*. Il dire, come insiste il PEROZZI, che in Diritto romano si era *obbligati* senz'altro, non obbligati a far qualche cosa, si risolve dunque, s'io non erro, in un giuoco di parole. Finalmente come spiegarci il continuo operare sul concetto tecnico di *obligatio* che si ha nel periodo della classica giurisprudenza, se si fosse trattato di nozione rispondente ad una fase storica da gran tempo tramontata? Per secoli e secoli fino a Giustiniano, nota bene il PACCHIONI, i giuristi e il popolo romano avrebbero continuato a tenere nettamente distinti i casi di una vera e propria *obligatio* dai casi che il PEROZZI considera di semplici *obblighi*, pur non essendo più in grado di addurre alcuna ragione giustificatrice della distinzione medesima! Ciò sembra inammissibile, dato pure che l'*obligatio* fosse nelle origini concepita come egli sostiene (1).

In che cosa poi consista la caratteristica che dagli *obblighi* in genere differenzia quelli proprî del nostro istituto, emergerà dal processo della nostra trattazione, quando passeremo all'analisi della definizione dalla quale abbiamo preso le mosse.

Comunque, è bene, in via di chiusa, avvertire come lo stesso PEROZZI, dopo la sua fiera campagna iconoclastica, finisca col concedere l'indulto a chi continua ad esporre la dottrina delle obbligazioni a vecchio stile. Solo una trattazione storico-romanistica, egli dice, dovrà farsi sopra altra base. Invece quanto alla trattazione sistematica del Diritto romano o dei diritti odierni « incline a conservare nella scienza il sistema e l'ordine tradizionali, per quanto contrarî alla logica, io non dirò verbo, egli conclude, contro chi mantenga codesta dottrina nelle forme, nei limiti e nella disposizione in uso. Bastano poche

(1) PACCHIONI, *op. e vol. cit.*, pag. 652.

avvertenze a tempo e a luogo perchè le verità che credo di aver qui affermate, trovino soddisfazione in una trattazione, che nel resto segua le vie abituali » (1). Forti dunque di così larga sanatoria che pur ci viene dal campo avversario, procediamo innanzi senz'altro, pur confessando che dal canto nostro ci troveremmo non poco a disagio se condividessimo il convincimento del PEROZZI di battere una via che la logica condanna.

2. Un buon sistema legislativo assegnerà alle predette due branche dei diritti patrimoniali separata sede. Così è infatti in quei Codici di tipo germanico che hanno seguita la distribuzione, oggimai comune fra pandettisti, dell'intero Diritto civile in cinque parti, la prima contenente i principî generali, la seconda i diritti reali, la terza i diritti di obbligazione, la quarta il diritto di famiglia e di tutela, l'ultima il diritto ereditario. (Esempio ne dava già il *Codice sassone* del 2 Gennaio 1865 ed ora il *Codice civile dell'impero germanico* del 18 Agosto 1896, entrato in vigore nel 1900, salva in quest'ultimo la modificazione di premettere la parte delle obbligazioni a quella dei diritti reali (2). Quanto al *Codice austriaco*, entrato in vigore il 1 Gennaio 1812 nell'Impero e il 1 Gennaio 1816 nel Regno lombardo-veneto, non lo si può dire certo un modello di sistematica, diviso com'è in tre parti, di cui la prima, premessa un'introduzione sulle leggi in generale, è consacrata al Diritto delle persone, la seconda al Diritto sulle cose e la terza alle disposizioni comuni ai diritti delle persone ed ai diritti sulle cose. La seconda parte però è suddivisa in due grandi sezioni, l'una intitolata dei diritti reali, l'altra dei diritti personali sulle

---

(1) Cit. *Obbligazioni romane*, pag. 155.

(2) Alla quale modificazione, che si vorrebbe anzi estendere anche alla trattazione scientifica e didattica del Diritto civile, dovranno naturalmente plaudire autori che, come il PLANIOL, riconducono al concetto di obbligazione lo stesso diritto reale. Tesi di cui si vedrà più innanzi la inconsistenza. Cfr. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, T. II 3. édit., (Paris, Pichon 1905). Préface, pag. VIII. Per ben diversa ragione anche ad altri par logico che la trattazione delle obbligazioni, nella esposizione sistematica del Diritto, preceda quella dei diritti reali, cioè per essere le obbligazioni di regola mezzo di acquisto dei diritti stessi Cfr. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto francese*, trad. it. *Ascoli-Cammeo* (Milano, Soc. ed. libr. 1908), §. 2 pag. 11, nota 2.

cose, sicchè, se non altro, il vantaggio di aver tenute bene distinte queste due categorie dei diritti patrimoniali quel Codice lo presenta).

È ben lontano da siffattta bontà di metodo il Codice nostro con la nota sua tripartizione. Tutto il Libro secondo tratta di diritti reali e di temi ad essi strettamente attinenti, quali la distinzione delle cose ed il possesso (da taluno anzi considerato esso stesso come un diritto simile). Ma *non tutti* però i diritti reali sono ivi compresi: è, per esempio, nel Libro terzo che dobbiamo andare in cerca della materia ipotecaria, è là che si trova disciplinata l'enfiteusi (bensì sotto un punto di vista unilaterale, quasi non potesse costituirsi che per contratto). Le obbligazioni pure sono regolate in questo terzo Libro, e, poichè esso si intitola *« dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose »*, parrebbe che il legislatore avesse avuto un concetto troppo angusto dell'istituto, mentre le obbligazioni possono ben essere dirette ad altro fine, esempio le obbligazioni di fare. Ma è tanto vero che la realtà delle cose e dei rapporti giuridici si impone a tutti i sistemi prestabiliti, che nel Libro terzo il legislatore ha pur dovuto disciplinare obbligazioni che non hanno punto per contenuto l'acquisto o la trasmissione di diritti reali (esempio il contratto di mandato, la locazione d'opera ecc.).

Ciò premesso, noto che la materia che andiamo ad illustrare è contemplata nel Titolo IV di detto Libro (Art. 1097-1377 inclus.), che porta l'epigrafe « *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* ». E qui va segnalata una differenza in confronto del Codice francese, che pure in massima servì di modello al legislatore nostro. Le obbligazioni possono derivare (è cosa che svilupperemo a suo luogo) da molteplici cause, da legge, da contratto, da quasi contratto, da delitto, da quasi delitto (Art. 1097). Orbene, il predetto Titolo del nostro Codice contiene le regole generali che valgono per le obbligazioni, da qualunque di quelle fonti derivino, tantochè in apposite *Sezioni*, oltrechè dei contratti, vi è fatta parola dei quasi contratti, dei delitti e dei quasi delitti. Nel Codice francese invece di queste

obbligazioni aventi origine non contrattuale si è fatto un Titolo a parte (il quarto del Libro terzo col titolo *Des engagements qui se forment sans conventions*) e quello che corrisponde al nostro (il terzo) porta in fronte la scritta *Dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale* (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général). La diversa intitolazione rispecchia dunque una modificazione di contenuto. E fu certamente più esatto il sistema seguito da noi, perchè generalmente le norme che si trovano nel nostro Titolo IV, come nel parallelo Titolo III del Codice francese, sulle diverse specie di obbligazioni, sulle prove e sui varî modi di estinzione, valgono per le obbligazioni tutte, da qualunque causa derivino, mentre a prima vista si dovrebbero dire non applicabili in Diritto francese alle obbligazioni non originate da contratto.

Questo Titolo poi si suddivide in cinque Capi, che trattano, il primo delle cause delle obbligazioni, il secondo delle diverse loro specie, il terzo dei loro effetti, il quarto dei modi con cui si estinguono, il quinto della prova delle obbligazioni e di quella della loro estinzione. Noi però, che del Diritto civile dobbiamo fare una trattazione scientifica, e non già una pedestre esegesi del Codice, non ci terremo vincolati a siffatte partizioni.

3. Ed ora, prima di scendere all'analisi del concetto di obbligazione, quale risulta dalla definizione datane, mi si consentano alcune osservazioni sull'importanza singolarissima che questa materia presenta per ogni giurista. Potremo così misurarne fin d'ora l'estensione e renderci conto dei coefficienti varî indispensabili per uno studio coscienzioso di essa.

Dobbiamo anzitutto rammentare come questa parte delle obbligazioni sia quella in cui più rifulse la romana sapienza. L'obbligazione, ha detto splendidamente il KUNTZE, è la figura prediletta della romana giurisprudenza, è una creazione propria del genio romano (1), ond'è che sul *Corpus iuris* si modellarono

---

(1) KUNTZE, *Die Obligationen im röm. und heut. Recht* (Leipzig, Hinrich 1886), § 2, pag. 4-5.

per questa parte, almeno nelle linee fondamentali, codici moderni di nazioni le più disparate (1), fra i quali naturalmente il nostro. « Quanto ai principî direttivi di tal materia », così leggesi nella Relazione senatoria presentata sul Progetto del Codice civile nel 1863 e dovuta per questa parte al VACCA, « non era luogo a profonde e radicali innovazioni: i dettati « della sapienza romana, dei quali può ben considerarsi fedele « interprete il POTHIER, porgevano la miglior guida a seguire « e fu seguita religiosamente dai redattori del Codice francese. « Non trattavasi quindi che di esplicare e ribadir meglio taluni « principî, emendando qua e là le dubbietà e le perplessità delle « applicazioni ». Ecco intanto accertato quanto sia necessario un buon corredo di studî romanistici per poter intendere bene ed illustrare questa parte, più ancora che le altre del vigente Diritto civile.

Senonchè fu notato giustamente che « per quanto evoluto si presenti nell'ultimo stadio del Diritto romano il concetto di obbligazione, per quanto perfetta ne sembri la teoria, questo lato della scienza del Diritto non isfugge neppur esso alla legge dell'universale evoluzione » (2). Il mondo cammina e nemmeno il *Corpus iuris*, come nessun codice per quanto eccellente, può rappresentare le colonne d'Ercole in materia di Diritto, destinato a seguire le mutevoli fasi della società che governa. Ora basta pensare in quanti punti l'assetto della società odierna differisca da quello della società romana, per concludere che anche

---

(1) Così la parte delle obbligazioni è nel Codice germanico quella nella quale dice il BEKKER, il Diritto romano « am meisten von seiner Herrschaft behauptet hat » BEKKER, *Ueber die Objecte und die Kraft der Schuldverhältnisse* in *Zeitschft der Savigny-Stift.*, *Roman. Abth.* Vol. XXIII (1902), pag. 2. Fu pure autorevolmente osservato che persino nel Diritto inglese non si può disconoscere una certa influenza del Diritto romano nelle teoriche generali sul Diritto delle obbligazioni, ad esso appoggiandosi spesso manuali inglesi nel definire i concetti di *obligation*, e di *contract* e nella teorica dei contratti a favore di terzi (SCHIRRMEISTER-PROCHOWNICK, *Das bürgerliche Recht Englands*, Vol II (Berlin, Heymann 1912) pag. 2).

(2) A. VANNI, *Svolgimento storico del concetto di obbligazione nel Diritto romano* (Urbino, Tip. della Cappella 1803), pag. 53.

in questo campo dovremo trovare dei principî romani tramontati ed una quantità di rapporti, dei quali nel *Corpus iuris* sarebbe vano cercare la norma, perchè relativi allo sviluppo tutto moderno dell'industria e a transazioni commerciali che in allora o non sussistevano affatto ovvero trovavansi in uno stato appena embrionale. Segnalare quei principî di origine romana, che, quantunque trapassati nel Codice, vi stanno però allo stesso titolo onde questa o quella regola, questa o quella parola, già usitate, ed ora cadute in desuetudine, rimangono tuttavia indicate in una grammatica o in un dizionario (1), scoprire d'altra parte e cercar di colmare tutte quelle lacune che, per cieco ossequio al tipo romano e senza riguardo alle odierne condizioni economiche, furono pur lasciate nel nostro ordinamento legislativo delle obbligazioni, ecco un altro importantissimo compito che incombe qui al civilista, il quale non voglia limitarsi ad una gretta interpretazione del testo. Oltre di che negli istituti pur sempre vivi del Codice nostro, come del francese, attinenti alle obbligazioni, se l'intelaiatura, per dir così, è romana, entrarono pure, per eredità storica dei secoli scorsi, altri coefficienti legislativi. C'è, per esempio, chi autorevolmente afferma che in nessuna altra parte del sistema giuridico abbia avuto luogo una più completa fusione dei principî del Diritto romano e del tedesco (2). Donde la necessità che qui più che mai si tenga volto lo sguardo non soltanto al Diritto romano puro, ma altresì alla successiva storia del Diritto.

Ho fatto cenno delle condizioni economico-sociali alle quali un buon Diritto delle obbligazioni deve uniformarsi. Non occorrono infatti molte parole per mettere in rilievo il nesso che questa parte del Diritto civile ha con la *pubblica Economia*. Delle obbligazioni sono precipua fonte i contratti, strumento fra altro, allo scambio dei servigi e in generale dei valori. Ora, come nota il MINGHETTI, lo scambio è dell'Economia politica « parte essenzialissima e vitale tanto, da avere meri-

(1) TARDE, *Les transformations du Droit* (Paris, Alcan 1893) pag. 126, nota 1.
(2) CROME, *op. cit.*, §. 1, pag. 3.

tato che in lei sola si compendiasse tutta l'Economia e le si imponesse il nome di Catallattica » (1). Ecco dunque un altro e assai vasto substrato di cognizioni che il nostro studio domanda.

Per analoghe considerazioni balza immediatamente agli occhi di ognuno il rapporto intimo di questa parte del Diritto civile col *Diritto commerciale*, Diritto contrattuale per eccellenza, che presuppone nota la teoria generale delle obbligazioni quale è fornita dal Codice civile. Tanto è stretto questo legame, che si è potuta manifestare nella scienza italiana una fortissima corrente per la fusione in uno dei due Codici di Diritto privato, avuto riguardo appunto alla comunanza di norme o già esistente o razionalmente richiesta per le obbligazioni tutte, siano civili o commerciali (2). Fusione della quale non mancano esempî legislativi: così la troviamo attuata fino dal 1883 nella Svizzera mercè il *Codice federale unico per le obbligazioni* (3).

---

(1) MINGHETTI, *Dell'Economia pubblica e delle sue attinenze con la Morale e col Diritto* (Firenze, Le Monnier 1868), L. III, pag. 259. Desumo dallo stesso MINGHETTI (L. II, pag. 87) che la proposta di denominare l'Economia Catallattica (da καταλλαγὴ = scambio) fu fatta dal WHATELY (*Introductory Lectures on political Economy*).

(2) Sino dal 1888 si pose alla testa di questo movimento per l'unificazione dei Codici di Diritto privato il VIVANTE con geniali lavori trasfusi poi nel suo *Trattato di Dir. commerciale*, Vol. I (1ª. ediz. Torino, Bocca 1893), Introduzione, § 1, pag. 5-28. E con gran calore il BOLAFFIO, quando gli parve che il duce accennasse a piegare facendo concessioni agli avversari pur di giungere ad una parziale vittoria immediata, risollevò la tesi in tutta la sua ampiezza (in *Giurisprudenza italiana* 6ª dispensa del 1907). Non è il caso ch'io qui mi pronunci in argomento, e però ometto di indicare gli altri strenui fautori ed i non meno strenui oppositori di detta fusione. Certo che, essendo comuni al Diritto civile e al commerciale la teorica dei negozî giuridici e la parte generale del Diritto delle obbligazioni, non si può che plaudire al titolo di *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni* assunto a partire dal suo 8º anno di vita dal noto eccellente periodico che si pubblica sotto la direzione dei Professori SRAFFA e VIVANTE. E all'estensione del titolo risponde quella del contenuto.

(3) Il nuovo testo, già ricordato nella Prefazione, porta la data del 30 marzo 1911.

Volgiamo finalmente il pensiero alle possibili cause di obbligazioni, e tosto ci si farà palese l'ampiezza del tema. Esse possono derivare da contratti, da quasi contratti, da delitti o da quasi delitti, ch'è quanto dire da atti leciti od illeciti: non basta; possono originare altresì dalla legge, fonte diretta di rapporti obbligatorî nelle congiunture più svariate (esempio nel Diritto di famiglia il debito alimentare fra congiunti). Ecco dunque questa pianta rigogliosa delle obbligazioni estendere le sue radici in ogni altra zona del Diritto civile, onde fu detto giustamente che la teoria delle obbligazioni è in Giurisprudenza ciò che la teoria del valore è in Economia politica: il problema centrale al quale ci si trova da ogni parte ricondotti (1).

4. Chiudiamo questi prolegomeni con brevi cenni sulla *terminologia*. La parola *obbligazione,* a prescindere dall'uso che se ne fa in argomenti non giuridici (obbl. morali, religiose ecc.) per rimanere nel nostro àmbito dei diritti patrimoniali,

---

(1) TARDE, *op. cit.,* pag. 125. E taccio qui di proposito dei rapporti di Diritto pubblico, nei quali è a vedere se e in che senso si possa parlare, come di diritti reali (cfr. DANTE MAIORANA, *La teoria dei diritti pubblici reali*, Catania, Giannotta 1910), così di obbligazioni, particolarmente di negozî giuridici bilaterali (*vexata quaestio* p. es. sui contratti di Diritto pubblico, su cui CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di Diritto pubblico* in *Giurisprudenza italiana* del 1900, vol. LII e dello stesso *Corso di Diritto amministrativo* (Padova Litotipo Milani 1913) pag. 1149 e segg., ov'è indicata altresì la bibliografia in argomento). Le famose teoriche poi del *contratto sociale*, quelle solidariste, particolarmente del BOURGEOIS, che invoca il quasi contratto come base dei rapporti fra consociati, attestano come anche i sociologi facciano capo volentieri al concetto privatistico dell'obbligazione. Alla quale pure c'è fra' socialisti chi, spostandola dal terreno del *diritto reale* di proprietà, riconduce oggimai la questione sociale. Così EM. LÉVY, *L'affirmation du droit collectif* cit. da F. HITIER, *La dernière évolution doctrinale du socialisme, Le socialisme juridique* in *Revue d'Économie politique*, XX (1906), pag. 209 e segg. Cfr. sovra tale opera PERREAU in *Revue crit. de législat. et de jurisprud.* del 1904, pag. 57-63 e PARENTI nella rassegna analitica dell'opera del DONATI, *Il socialismo giuridico* ecc. in *Rivista di sociologia* del 1911 a pag. 723. E per converso la teoria del contratto non è pure altra di quelle onde i filosofi del diritto vogliono giustificare il diritto di proprietà?

sta ad indicare l'intero rapporto nel suo complesso, cioè sotto entrambi gli aspetti, fra loro correlativi, del debito e del credito. La si trova adoprata altresì per indicarne uno solo, e più comunemente il passivo, cioè il debito. Ed è in verità questo lato passivo che ha dato il nome all'intero rapporto, come in materia di diritti reali troviamo essere avvenuto della parola *servitù* (1). Finalmente il vocabolo obbligazione è comunemente usato per significare il titolo, cioè il documento che comprova il vincolo.

Seguendo poi la terminologia romana basata sulla distinzione delle *actiones in rem* e *in personam*, troviamo ancora designate le obbligazioni come *diritti personali in contrapposto ai diritti reali*. Bisogna appunto badare al termine in antitesi al quale l'epiteto di personale si adotta, per averne il giusto significato. Chè altre volte non lo si adopera per contrapporre l'una categoria di diritti patrimoniali all'altra, ma bensì ad esprimere i diritti non patrimoniali (per esempio di famiglia) di fronte ai patrimoniali tutti. Finalmente trovasi usata quella espressione a significare certi diritti che sono strettamente inerenti alla persona del loro titolare, che cessano quindi con essa, o che non possono essere in suo nome esercitati da altri. Sotto questo punto di vista pertanto può darsi che si abbiano diritti reali personali: esempio l'usufrutto e le altre cosidette servitù personali: quivi il diritto è reale obbiettivamente, personale subbiettivamente parlando. Un esempio di tale terminologia ce l'offre l'art. 890. Ma spesso, ad evitar confusione, siffatti diritti si denominano *personalissimi* o *strettamente personali*, ovvero (Art. 1234) *esclusivamente inerenti alla persona.*

Per i diritti di credito fu adoperata altresì l'espressione *iura ad rem* di rincontro ai *iura in re* (diritti reali). Questa terminologia però, di origine canonica, non è la più esatta, perchè non tutte le obbligazioni mirano all'acquisto di una cosa pel creditore. Lascio da parte

(1) HOFMANN, *Die Entstehungsgründe der Obligationen* (Wien, Manz 1874) pag. 16, nota 16.

per ora un altro significato che, nella dottrina germanica specialmente, e più in particolare relativamente al Diritto prussiano, ha questa espressione *ius ad rem*. — Chiudo notando che nelle fonti romane si usa per lo più la parola *actio* per indicare il diritto del creditore, che vi è comune ad ambe le parti la parola *reus* (sottinteso *credendi* pel creditore, *debendi* pel debitore) e non infrequente l'uso di *obligatio* per esprimere la causa generatrice dell'obbligazione (esempio l. 19 D. de verb. signif. 50, 16, l. 1 § 3 e 58 D. de pactis, 2, 14, l. 20 D. de iudiciis, 5, 1).

TITOLO I.

L'obbligazione in antitesi e in rapporto coi diritti reali

CAPITOLO I.

Differenze fra obbligazioni e diritti reali.

SOMMARIO: 5. Criterio discretivo fondamentale. — 5 *bis*. Di due teoriche in proposito diverse da quella qui adottata. — 5 *ter*. Altre teoriche che per opposta via giungono a infirmare la bipartizione dei diritti patrimoniali. — Rinvio per ciò che riguarda la distinzione di due elementi, il *debito* (*Schuld*) e la *rispondenza* (*Haftung*) nel concetto di obbligazione. — 6. Corollario principale del criterio differenziale adottato. — 7. Differenze d'ordine secondario, oppure non costanti fra le due categorie di diritti. — 8. Importanza della distinzione nel Diritto giudiziario, e passaggio alla teorica delle azioni miste.

5. La comparazione coi diritti reali è il miglior modo per ottenere che la figura dell'obbligazione balzi fuori nelle linee sue caratteristiche, e ci aprirà la via ad una minuta analisi della definizione che ne abbiamo data sin dapprincipio.

Il criterio differenziale fra le due categorie di diritti patrimoniali è fornito dalla *immediatezza* della relazione in cui il soggetto del diritto si trova con l'oggetto di esso, immediatezza che si verifica nei diritti reali e manca in quelli di obbligazione.

Questo criterio è posto in rilevio dal *Codice austriaco* al § 307, che suona: « I diritti che competono ad una persona sulla cosa, non avuto alcun riguardo a certe persone, si chiamano diritti reali. I diritti ad una cosa [e noi aggiungiamo o ad un servigio] nascenti soltanto contro certe persone da una legge direttamente o da un atto obbligatorio diconsi diritti personali sulle cose ». Lasciamo stare ora

qui l'appunto che può muoversi al Codice austriaco di non essere rimasto sempre fedele a questo giusto criterio, avendo ammesso che possano acquistare carattere reale per il fatto dell'intavolazione diritti per loro natura personali, per esempio il diritto del conduttore (1).

Ma in che consiste questo concetto dell'immediatezza? Consiste in ciò, che quando si tratta dei diritti reali il diritto si esplica nel suo esercizio direttamente sulla cosa che ne forma l'oggetto e che presta al titolare l'utilità economica da lui propostasi, mentre invece nelle obbligazioni l'utilità cui mira il creditore gli dev'essere procurata dall'opera di un'altra persona, cioè dalla prestazione del debitore. C'è dunque nell'obbligazione un elemento di più, cioè la persona del debitore, che funge da intermediario fra il titolare del diritto e l'oggetto a cui questo si indirizza. E questo elemento ha tanta importanza che il Diritto romano giunse perfino a mettere in seconda linea l'oggetto della prestazione stessa, considerando come essenziale il vincolo della volontà dell'obbligato, giusta la notissima l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7 di PAOLO: « Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum ».

Il che peraltro non vuol essere preso alla lettera, cioè non nel senso che l'oggetto della prestazione sia elemento trascurabile, mentre infine è desso che rappresenta l'utilità che il creditore intende procacciarsi, e l'opera del debitore è il mezzo per procurarla: donde la possibilità ch'essa sia da altro mezzo surrogata, come accade nella esecuzione forzata, il che non sarebbe nemmeno concepibile se tutto il contenuto dell'obbligazione si compendiasse nel vincolo di una determinata volontà (2). Taluno invece è stato tratto a negare che la differenza fondamentale fra diritti reali ed obbligazioni sia quella da noi indicata, solo per avere disconosciuta la vera portata del princi-

---

1) UNGER, *System des oesterr. allgem. Privatrechts*, vol. I (Leipzig, Breitkopf u. Härtel 1856), § 62, pag. 549-550.

(2) Cfr. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I (Torino, Bocca 1894), n. 26, pag. 52-53.

pio contenuto nel passo di PAOLO testè riferito. Così il MASCHKE osserva: poichè il contenuto giuridico (*Rechtsubstrat*) dell'obbligazione non è la cosa dovuta ma il parziale assoggettamento della volontà del debitore, ne viene che il rapporto fra il soggetto e il contenuto del diritto non è meno diretto ed immediato nelle obbligazioni che nei diritti reali (1).

Naturalmente contro il passo citato, in cui l'antitesi fra le due specie di diritti patrimoniali è formulata come più chiaramente non sarebbe possibile (2) appunta i suoi strali il PEROZZI. Ma i suoi sforzi, pur tanto ingegnosi, per metterne in dubbio la paternità di PAOLO, additandovi tale un cumulo di interpolazioni da farne una creazione dei bizantini (3), cedono di fronte alle critiche esaurienti del CARUSI, del BRINI, del BONFANTE, del FADDA e del PACCHIONI (4). Non entro in particolari esegetici per non invadere il campo riservato ai romanisti.

A questo proposito però occorre uno schiarimento. Quando si dice che il diritto reale ha questo di proprio, che si esercita direttamente sulla cosa, non si deve intendere che qui l'obbligata sia la cosa stessa, che fra il titolare e la cosa corra il rapporto giuridico. Ciò non avrebbe senso, dice bene il WINDSCHEID (5), chè tutti i diritti sussistono fra persona e persona, non fra persone e cose, sulle quali si avrà solo una signoria di fatto.

Sarebbe assurdo il dire che sono le cose che hanno il *dovere* di restare soggette alla volontà dell'uomo. Inoltre, dato questo assurdo concetto, ne verrebbe a rigore che tutti i diritti reali si risolverebbero nel possesso, il che veramente ha avuto un sostenitore, il LENZ (6),

---

(1) MASCHKE, *Das Eigenthum im Civil-und Strafrechte* (Berlin, Wattenbach 1895), cap. I, § 2, pag. 3.

(2) FADDA, *Teoria del negozio giuridico* cit., § 22, pag. 30.

(3) *Obbligazioni romane* cit., pag. 8 e segg.

(4) Nelle opere e luoghi citati alla nota (1) di pag. 11.

(5) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I Bd., 8 Aufl. (Frankfurt, Rütten u. Loening 1900), § 38, pag. 140.

(6) LENZ, *Das Recht des Besitzes* (1860) pag. 77 e segg., citato dal FUCHS, *Das Wesen der Dinglichkeit* (Berlin Heymann 1889), pag. 11.

ma questa teoria non fu, nota il FUCHS (1), quasi nemmeno presa sul serio dalla scienza.

Laonde le espressioni fontali *res obligata est*, *res servit* e simili sono adoprate in un senso semplicemente figurato, ad esprimere la più volte ripetuta immediatezza nell'esercizio del diritto, escludente l'opera di intermediarî. E allora dove l'abbiamo qui la persona in confronto alla quale il diritto si eserciti? L'abbiamo, rispondo, nella collettività sociale tutta, nel senso che quante sono persone al mondo debbono rispettare l'esercizio del potere, che al titolare del diritto reale compete direttamente sopra la cosa. Diremo dunque col RANELLETTI che «il diritto riconosce e garantisce il potere della persona sulla cosa in riguardo e di fronte agli altri consociati, non di fronte alla cosa stessa, della funzione o comportamento della quale in riguardo agli interessi della persona, cui appartiene, esso non si occupa. Il diritto non garantisce al proprietario una data produttività del terreno, non garantisce al padrone che il cavallo non lo rovesci, o che il cane gli rimanga fedele. Il diritto regola l'operare umano, non degli animali o delle cose inanimate (2)».

Ma anche un diritto di credito, mi si opporrà a questo punto (il diritto per esempio del mutuante verso il mutuatario), dev'essere riconosciuto da tutti e a tutti incombe l'obbligo di non attraversarne l'esercizio (di non trattenere per esempio colla violenza il mutuatario dal pagare la somma dovuta alla scadenza). E però la pretesa distinzione non regge (3). Rispondo che l'obbiezione mossaci include una confusione di idee. Quando si dice che il diritto di obbligazione o di credito

---

(1) Loc. cit.

(2) RANELLETTI, *Principii di Diritto amministrativo*, vol. I (Napoli, Pierro 1912), pag. 423 in nota.

(3) Così, per tacer d'altri, NEUNER e BREMER, cit. dal THON, *Rechtsnorm u. s. w.* (Weimar, Böhlau, 1878) pag. 207, nota 132. *Contra*, fra tanti, THON, ibid., WINDSCHEID, *op.* e vol. cit., § 41, nota 1, pag. 149-150, UNGER, cit. *System*, vol. I, § 62, nota 8, pag. 540-541.

spetta in confronto ad una determinata persona, mentre il diritto reale in confronto a tutti, si vuol significare soltanto questa verità, essere il *contenuto* dell'obbligazione tale che solo una determinata persona (il debitore) ha la *possibilità* di non prestarlo, perchè è altresì la sola che di prestarlo ha *l'obbligo*: il nesso obbligatorio, come tale, lega solo la persona del debitore al creditore, e quindi egli solo può ledere il diritto col non adempimento: a tutti gli altri incombe, come scrive l'UNGER (1), il generale dovere di non turbare terze persone nella loro attività. Quand'io, per esempio, impedisco con la violenza a Tizio di pagare il suo creditore Caio, non è, che *io* non adempia il dovere ch'è *correlativo* al diritto di Caio, chè soltanto da parte del debitore si riscontra il dovere di compiere quella tal prestazione correlativa al diritto del creditore. Manco invece all'obbligo generico del *neminem ledere*. Il comportamento illecito del terzo, estraneo al vincolo obbligatorio, non può, chi bene osservi, intaccare il vincolo in sè e per sè, ch'è qualche cosa di immateriale, ma soltanto questo o quello degli elementi singoli dal cui complesso risulta, la persona del debitore, per esempio, nel caso or ora configurato, l'oggetto della prestazione dovuta se avvenga che il terzo lo distrugga sì che l'obbligazione non possa ottenere il suo adempimento (2). Se poi si possa parlare di casi di *complicità* per parte di terzi nella violazione di una obbligazione contrattuale (es. sobillatori di scioperi) è questione ben diversa, che va riservata alla sede di questa nostra trattazione ove si discorrerà del possibile nesso di colpa aquiliana con colpa contrattuale (3).

(1) Loc. cit.

(2) Conf. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse* (3. u. 4. Aufl., Berlin Heymann 1910), pag. 1 e pag. 1059, che, con la prevalente dottrina e quasi unanime giurisprudenza tedesca, ne deduce la mancanza di azione per risarcimento del creditore verso il terzo, e ciò ad onta delle espressioni generiche del § 823, 1° comma del codice civile germanico.

(3) Fin d'ora segnalo sull'importante argomento la monografia di F. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle* (Paris, Rousseau 1910).

Dice bene dunque, per concludere, il DE CRESCENZIO che anche « nei diritti reali troviamo un obbligo, ma esso non è la sostanza del rapporto, sibbene l'effetto di esso, si determina in un modo negativo e riflette tutti, essendo vietato di portare attentati alla proprietà altrui [meglio direbbesi: alla libertà o alla proprietà altrui]. Nei diritti di obbligazione invece l'obbligo è il fondamento e la sostanza del diritto, si determina in modo positivo e riflette una determinata persona, donde il nome di personali ai relativi diritti (1) ».

5 *bis*. Detto in che consista, secondo noi, il criterio fondamentale per cui si distinguono le obbligazioni dai diritti reali, non sarà male aggiungere che questo tema ha dato luogo, specialmente in Germania, la terra classica delle concezioni astratte, ad una tale fioritura di teoriche e di sistemi, che sarebbe opera assai ardua il volerli tutti riferire e forse in ultima analisi quanto ardua altrettanto sterile (2). Non posso a meno però di accennare a due di queste teoriche, in quanto si prestano a meglio lumeggiare per via di raffronto il criterio da noi adottato.

Comincierò da quella dello ZIEBARTH, autore di un libro veramente geniale (3). Secondo lui ciò che decide della realità o no di un diritto è che il titolare di esso possa o no pretendere nelle vie esecutive la cosa stessa a cui il diritto si riferisce. Tutte le volte che il diritto in questione ammette questa *esecuzione in forma specifica o reale*, come suol dirsi, saremo in cospetto di un diritto reale: se questa coercibilità diretta manchi e il titolare del diritto non possa nelle vie esecutive ottenere la cosa stessa, ma, per esempio, un suo equivalente o un risarcimento di danni, siamo dinanzi ad un diritto patrimoniale personale. Io non risponderò a questo ragionamento, come hanno pur fatto

---

(1) DE CRESCENZIO in *Enciclopedia giuridica it.* del VALLARDI, vol. XII, parte I, v. *Obbligazione*, n. 5, pag. 2. L'illustrazione di questa importantissima voce, lasciata interrotta dal compianto DE CRESCENZIO, fu proseguita nell'*Enciclopedia* dall'insigne e pur tanto lacrimato CONTARDO FERRINI.

(2) Se ne può vedere una lunga enumerazione ed analisi in PUNTSCHART, *Die moderne Theorie des Privatrechts u. s. w.* (Leipzig, von Veit 1893), pag. 125-231.

(3) ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miethe* (Halle, Buchhandl. d. Waisenhauses 1866).

taluni, che la coercibilità non è dell'essenza dei diritti, perchè ciò equivarrebbe a risolvere la questione con altra questione ben più grossa attinente al concetto del *diritto subbiettivo* in generale, di che dovremo far cenno trattando in seguito dell'obbligazione naturale. La risposta piuttosto da opporre allo ZIEBARTH è quella del THON, a cui il FUCHS aderisce (1), che cioè, posta pure la coercibilità come elemento essenziale dei diritti, i mezzi onde la si esplica, cioè i modi vari di esecuzione, non sono quelli che possano decidere sulla qualità e natura del diritto che con la esecuzione forzata si realizza. Lo stadio della esecuzione intanto è eccezionale, nè si può da esso concludere all'originaria natura del diritto, stando di mezzo fra il sorgere del diritto e la giudiziale esecuzione il momento importantissimo della condanna. E poi, osserva a ragione il FUCHS, questo criterio così poco razionale, che subordina il fine al mezzo, cioè la natura del diritto al modo di farlo valere, condurrebbe a concludere che i Romani, almeno nei tempi classici del loro Diritto, non conobbero affatto diritti reali, ma che tutti i diritti vi erano personali, per ciò che in allora la *condemnatio* era sempre pecuniaria (2). Viceversa in oggi non vi sarebbero quasi diritti patrimoniali che non fossero reali, perchè l'esecuzione in forma specifica la si può sempre ottenere, come si vedrà a suo luogo, trattandosi di obbligazioni di dare, e in quelle pure di fare ove trattisi di opere fungibili, cioè di fatti ch'è indifferente siano posti in essere da una od altra persona (art. 1220). A codesta stregua dovremmo parimenti concludere che lo stesso contratto generi o no in Diritto inglese un diritto reale secondochè si faccia valere secondo la *common law*

---

(1) THON, *op. cit.*, pag. 206 e 316, FUCHS, *op. cit.*, pag. 9-10.

(2) GAI, *Inst.* IV, § 48: « Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est; itaque et si corpus aliquod petamus veluti fundum hominem vestem (aurum) argentum iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est sicut olim fieri solebat (sed ?) aestimata re pecuniam eum condemnat ». Deliberatamente abbiamo omesse le interpunzioni in quest'ultima parte del passo, chè l'apporle qua o là equivarrebbe a prendere partito in una questione di storia del Diritto giudiziario romano estranea al compito nostro e sulla quale possono vedersi specialmente BRINI, *Della condanna nelle legis actiones* in *Archivio giuridico*, vol. XXI (1878), pag. 213-278, MONTAGNON, *De la nature des condemnations civiles à Rome* (Lyon, 1883), su cui l'importante *compte-rendu* del THALLER, in *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, VIII (1884), pag. 459-470, BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana* (Pisa, Nistri 1886), pag. 73-76).

escludente per regola la *specific performance*, o secondo la *equity* che invece di regola vi fa luogo, distinzione codesta che non ha perduta importanza anche dopo l'unificazione giudiziaria portata dal famoso *Judicature Act* del 1873 (1). Queste le assurde conseguenze cui si giungerebbe con la teoria qui oppugnata (2).

L'altra di cui crediamo opportuno toccare è quella che può chiamarsi dell'assolutezza del diritto. È una teoria antiquata, ma della quale non si può non discorrere, specie dacchè ha cercato di rimetterla in onore il FUCHS nell'opera più volte citata. È diritto reale (dicono i sostenitori di questa teoria) quello che può essere esercitato in confronto a qualsiasi terzo, *adversus omnes*, mentre se il diritto è relativo, esercibile cioè solo in confronto di determinate persone, avremo un diritto di credito o di obbligazione. Ma questa teoria, combattuta assai bene, fra altri, dall'UNGER (3), ha, com'egli osserva, il difetto di assumere come caratteristica del diritto reale, o, per antitesi, dell'obbligazione, quello che ne è semplicemente un effetto ordinario. Pone pertanto l'effetto al posto della causa; infatti, dato pure che tutti i diritti reali siano assoluti, esperibili *erga omnes*, resta a chiederne il perchè e in questo perchè starà veramente il fondamento del distinguere. Laonde con siffatto criterio la questione non la si risolve, ma la si sposta. D'altra parte, poichè un diritto non perde la sua natura perchè vengano meno in talune circostanze gli effetti che ordinariamente produce, così potremo imbatterci in diritti che sono fuor di dubbio e restano reali, tuttochè questa perseguibilità in confronto di qualunque terzo faccia talora difetto. Esempio tipico la proprietà di cose mobili per natura e di titoli al portatore,

---

(1) V. su tutto ciò la citata eccellente opera sul Diritto civile inglese cominciata dallo SCHIRRMEISTER e proseguita dal PROCHOWNICK, vol. II, pag. 2 e pag. 270, comb. col vol. I, pag. 485-488.

(2) Nella quale invece il SIMONCELLI, *Sul concetto del diritto reale e sulla obligatio in rem scripta*, in *Rendiconti del R. Istituto lombardo di Sc. e lettere*, Serie II, vol. XXXV (1902) reputa ci sia molto di vero (pag. 20 dell'estratto), il che però egli stesso attenua a una pagina di distanza dicendo di ravvisarvi *una parte di verità* (pag. 21 dell'estratto). Comunque, rimane pur sempre che logicamente non si può presentare come decisivo e differenziale fra due categorie un criterio vero solo in parte. Lo si potrà tutt'al più prendere in considerazione nel discorrere di quelle differenze *normali, ma non costanti*, delle quali parleremo noi pure in seguito (n. 7).

(3) *Op.* e vol. cit., § 61, pag. 512 e segg.

i quali in confronto a terzi possessori di buona fede *non habent sequelam* (art. 707); eppure niuno dirà in oggi che la proprietà mobiliare non sia vero e proprio diritto reale, e, se ci fu chi tentò asserirlo in ordine al Diritto germanico per rendersi ragione di quella massima, non ne è mancata però una esauriente confutazione (1). Dunque l'assolutezza non è sinonimo di realità, quantunque sia attributo che normalmente vi si accompagna; per lo meno dovrà concludersi che non basta da sola a fornire l'essenza caratteristica dei diritti reali in contrapposto alle obbligazioni. Tanto sono veri gli appunti sovresposti, che il FUCHS, volendo tener fermo il concetto dell'assolutezza, è portato a concludere, nell'opera sua più volte ricordata, che non esiste la distinzione dei diritti patrimoniali in sè e per sè nelle due categorie, ma che ci sono solo diritti assoluti e diritti relativi, e sta al legislatore il decidere con le sue norme positive se e quali e quanti diritti creda opportuno di assicurare con un presidio assoluto piuttostochè relativo. Dal che egli è tratto, per esempio, a far plauso al Diritto prussiano, pel quale qualunque diritto diventa reale, nel senso che acquista questa assolutezza di tutela, dopo il passaggio al creditore del possesso della cosa a cui esso diritto si riferisce, o in seguito all'intavolazione del diritto stesso nei registri fondiarî (2). Ora non saremo certo noi, che ci vantiamo eredi della sapienza romana, disposti ad accogliere simile teoria, la quale distruggerebbe la tradizionale bipartizione dei diritti patrimoniali, così rigorosamente applicata nel processo romano certo dietro criterî che devono scaturire dalla natura intrinseca delle cose, e non già dipendere dall'arbitrio legislativo (3).

---

(1) Veggasi HEUSLER, *Institutionen des deutsch. Privatrechts*, vol. II, (Leipzig, Duncker u. Humblot 1886), § 79, pag. 3 e segg.

(2) *Op. cit.*, *passim* e specialmente a pag. 74-75.

(3) Ci associamo al BRINI, *loco cit.*, pag. 237-238, in quanto scrive: « Antichissima dev'essere stata fra i Romani quella concezione e divisione tanto netta e profonda dei diritti immediati sulle cose (tipo la proprietà) e dei diritti di obbligazione. E questa così spiccata distinzione fu vivamente e recisamente ritratta nelle azioni civili dalle due solenni formule *meum est, dare oportet*, alle quali certo furon applicabili fin dalle origini loro quelle stupende parole di GAIO (IV, 4): « sic itaque discretis actionibus, certum est non posse nos rem nostram ab alio petere *Si paret eum dare oportere*, nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum solum id dare nobis intelligitur quod ita datur ut nostrum fiat: nec res quae est nostra, nostra amplius fieri potest ». Cfr. pure BONFANTE, *Diritto romano* (Firenze, Cammelli 1900) cap. X; n. 1, pag. 339 e segg. Che

Se così non fosse, dovremmo dare ragione al KINDEL, il quale, nel combattere detta bipartizione, non si perita di chiamarla illogica e meramente scolastica (1)!

5 ter. Eccoci appunto ricondotti a quella teorica estrema che pur fra noi ha avuto dal PEROZZI (proprio un romanista eminente) l'ampio sviluppo già dianzi accennato (n. 1, pag. 8 e segg.) teorica francamente demolitrice, che non si affanna più a indagare un criterio differenziale più o meno attenuato fra obbligazioni e diritti reali, ma addirittura nega che criterio simile esista e però combatte la ragion d'essere di codesta tradizionale bipartizione di diritti (2). Per reazione alla teoria classica, come taluno (3) la chiama, che col definire la figura del diritto reale qual rapporto diretto fra l'uomo e la cosa pareva dimenticasse che ogni diritto presuppone pluralità di persone in reciprocità di limitazioni e di obblighi fra loro, si cadde nell'eccesso opposto, di riporre cioè in siffatti reciproci obblighi e limiti d'agire l'essenza di tutti ugualmente i diritti, in particolare di tutti i diritti patrimoniali. Certamente le espressioni poco felici di taluni scrittori doveano provocare l'accusa che ora vien loro mossa, benchè io pensi per verità che la parola sia talora trascorsa oltre il presumibile loro pensiero. Così è del MAYNZ, quando scrisse: « *Le Droit de propriété peut exister abstraction faite de tous les hommes hors le propriétaire* (4)... le droit de

---

poi la distinzione «si appalesi con la maggiore energia nell'antitesi processuale fra le *vindicationes* (azioni reali) e le *actiones* (azioni personali) si spiega agevolmente col riferirsi all'uso costante dei diritti primitivi di svolgersi a preferenza sotto le forme processuali. E ciò a maggior ragione deve dirsi del diritto romano, che conservò questa impronta per tutta la sua evoluzione». FADDA, cit. *Negozio giuridico*, § 21, pag. 29.

(1) KINDEL, *Das Recht an der Sache* (Breslau, Morgenstern, 1889) pag. 37.

(2) Già prima su questo terreno si era messo fra i nostri, sedotto da isolati esempi della scienza germanica, il GRANATA, *I nuovi orizzonti del Diritto giudiziario — Dell'azione e della competenza in materia civile* (Torino, Unione 1893) § 3, pag. 15 e segg. e § 4, pag. 25-28.

(3) RIGAUD, *Le droit réel* (Toulouse, Nauze 1912), pag. 115 e segg.

(4) MAYNZ, *Cours de Droit romain* I, pag. 274 in nota dell'edizione del 1870 citata dal ROGUIN, *La règle de droit* (Lausanne, Rouge 1889) al n. 120, pag. 232.

propriètè qui m'assure le pouvoir absolu sur une chose ne suppose point un rapport obligatoire entre moi et une autre personne quelconque ... et, *si même le genre humain, moi seul excepté, venait à disparaître, la chose en question n'en continuerait pas moins de m'appartenir* «(1). Così del GIORGI, ove scrive: La proprietà, e quando diciamo proprietà intendiamo anche delle sue modificazioni, la proprietà è *relazione tra persona e cosa.* La obbligazione tra persona e persona. L'una, primogenita tra le fatture della divina giustizia, è *manifestazione continua della signoria conceduta al primo uomo sopra tutte le cose.* L'altra nata più tardi con la convivenza degli uomini, sebbene figlia della stessa giustizia, rappresenta i vincoli di quella servitù vicendevole che lega uomo con uomo in soddisfazione di tanti bisogni, che niuno potrebbe soddisfare da sè, e in tutela dei confini dell'attività di ciascuno. *La proprietà sussiste piena e perfetta senza bisogno di altre persone diverse dal proprietario.* «(2). Facile è obbiettare che la signoria conceduta da Dio al primo uomo sopra tutte le cose, come quella spesso ricordata di Robinson sull'isola deserta, era una potestà di fatto e non di diritto finchè durò la loro solitudine e divenne di diritto (diritto di proprietà) solo quando altro essere umano comparve rispettivamente sulla Terra o su quell'isola» e ciò perchè «la proprietà come ogni altro diritto presuppone un gruppo sociale umano «(3). Ma quando, con affermazioni altrettanto esagerate in opposto senso, nella condotta negativa imposta ai consociati di fronte al titolare si ripone l'essenza del diritto reale (o si scriva col WINDSCHEID che «il diritto reale contiene solo divieti (4)»

Per verità meno recise affermazioni trovo nella 4ª edizione dello stesso MAYNZ che tengo sott'occhio (Bruxelles, Bruylant-Christophe 1876-77), ov'è detto tuttavia ancora del diritto reale che in esso «notre volonté se rapporte à une chose abstraction faite de tout individu autre que nous». T. I, § 4, pag. 382.

(1) *Ibid.* pag. 273-274 (in ROGUIN, *op. cit.*, pag. 231).

(2) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni,* Vol. I (7. ediz. Firenze, Cammelli 1907), n. 3, pag. 3.

(3) PEROZZI cit. *Obbligazioni romane,* pag. 23 nota 1.

(4) WINDSCHEID, cit. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Vol, I §. 38, nota 3, pag. 141. E lasciamo l'ulteriore accentuazione del THON, *op. cit.* rilevata dallo stesso WINDSCHEID, *ibid.*, come meritevole della nota critica del BINDING.

o col ROGUIN (1), col PLANIOL (2), col MICHAS (3), si raffiguri il diritto reale nient'altro che come un'obbligazione passivamente universale) quando ci si mette, io diceva, da quest'altro punto di vista altrettanto unilaterale, si è bell'e spianata la strada a giuristi logici della forza di un PEROZZI fra noi e di un DEMOGUE in Francia (4) per trarne la conclusione ch'è un puro artificio il voler tuttavia persistere a tener in piedi la nostra bipartizione. Anzi la stessa grande categoria di diritti patrimoniali dovrebbe scomparire perchè sotto quel concetto di obbligazione universale passiva si possono ricondurre tutti quanti i diritti in conformità ad una vecchia affermazione dell'ORTOLAN, che il MICHAS ha il merito di avere esumata (5). Senonchè l'obbligo che tutti ci lega di rispettare gli altrui diritti è il

---

(1) ROGUIN cit., *La règle de Droit*, n. 119 e segg., pag. 229 e segg.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, T. I, n. 2159, 2160, pag. 676-677.

(3) MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle* (Paris, Pedone 1900).

(4) DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé* (Paris, Rousseau 1911), pag. 405-443.

(5) ORTOLAN, *Généralisation du Droit romain* (12. edit. Paris, 1884), pag. 637-642, citato dal MICHAS, *op. cit.*, pag 87 e segg. Ecco il brano dell'opera dell'ORTOLAN, che più ci interessa:

« Il n'existe de droit que de personne à personne; tout droit a donc nécessairement un sujet actif et un ou plusieurs sujets passifs; lesquels, soit actifs, soit passifs, ne peuvent être que des personnes. Sous ce rapport, tout droit est donc personnel. Tout droit, outre le sujet actif et le sujet passif, a de plus et nécessairement un objet, lequel, dans sa plus grande généralité est désigné sous le nom de chose. Tout droit a donc une chose pour objet; et sous ce rapport, tout droit est réel... Tout droit, en définitive, si l'on veut aller au fond des choses, se résume en la faculté pour le sujet actif d'exiger du sujet passif quelque chose: or la seule chose qu'il soit possible d'exiger immédiatement d'une personne, c'est qu'elle fasse ou qu'elle s'abstienne de faire, c'est-à-dire une action ou une inaction. C'est à cela véritablement que se réduit tout droit. Cette nécessité, pour le sujet passif, de faire ou de s'abstenir, est ce qu'on nomme dans la langue juridique une obligation. *Tout droit consiste donc en des obligations* ». Non che l'ORTOLAN disconosca la distinzione delle due specie di diritti patrimoniali, ma egli le presenta come *deux nuances* dell'unico concetto in quanto nelle ragioni di credito si ha in più soltanto un'obbligazione speciale che a quella generale si accompagna.

presupposto d'ambiente per la vita dei diritti stessi, non già il comune denominatore a cui tutti ridurli quasi mancassero altre caratteristiche specifiche per suddistinguerli in classi, come l'atmosfera in cui siamo immersi è il presupposto comune della vita di tutti gli esseri animati, ma non ad esso il naturalista si arresta rinunziando a divisioni e suddivisioni di specie desunte da qualità positive loro proprie. E appunto nei diritti reali queste qualità positive (elemento interno come è piaciuto a taluno di denominarle in contrapposto a quello esterno, costituito dalla generica obbligazione passiva dianzi accennata) sono date da quell'assieme di potestà esercibili direttamente sulle cose che al solo titolare competono e di cui il vigente ordinamento giuridico determina il contenuto ed i limiti imposti dalla social convivenza e dalla necessità di contemperare fra loro i diritti reali di ugual natura spettanti a consociati diversi. E poi come distinguere i varî diritti reali fra loro (proprietà, servitù, ecc.) se non in base a questo loro contenuto positivo, che varia appunto dall'uno all'altro? Il criterio negativo generico non presterebbe all'uopo aiuto alcuno.

Da un indirizzo diametralmente opposto può dirsi ugualmente insidiata (tanto è vero che gli estremi si toccano) la tante volte ripetuta bipartizione dei diritti patrimoniali. Alludiamo col RIGAUD (1) ad una certa corrente dottrinale che, in contrapposto a quella or ora esaminata per cui il diritto reale si risolverebbe in un fascio di obbligazioni, riconduce invece l'obbligazione semplicemente al concetto di diritto sui beni, ad una specie dunque di diritto reale. Che, in considerazione del non ammettersi altra esecuzione forzata fuorchè sui beni, siasi potuto teoricamente rappresentare l'obbligazione come vincolo fra due patrimonî meglio che fra due volontà, è concetto che potrà accogliersi o combattersi, ma che ancora non importa compenetrazione delle ragioni di credito nella categoria dei diritti reali. Mi si permetta di ricordare che quella più o men felice costruzione giuridica io aveva espressa nel mio

(1) *Op. cit.*, pag. 466 e segg.

volume sulla *Dazione in pagamento* dieci anni prima che quasi con le identiche parole la esponesse in Francia il GAUDEMET (1) e vi ho fatto pur cenno, con un notevole temperamento che verrà a suo luogo ripetuto, nella prima edizione della presente opera (n. 15, pag. 39). Ma finchè si rimane su questo terreno la tradizionale partizione dei diritti patrimoniali di cui stiamo occupandoci non risulta scossa affatto. Si personificano i patrimonî, ecco tutto, ma, come oggi l'obbligazione contratta fra due fondazioni, ove queste si concepiscano, secondo una ben nota e diffusa teorica, quali patrimonî consacrati ad un dato fine (*Zweckvermögen*), non muta natura e caratteri in confronto a quella che esista fra due persone fisiche, così inalterate rimarrebbero le cose con la costruzione sopra accennata. La cosa invece muta di aspetto quando lo stesso GAUDEMET dianzi citato soggiunge, a proposito del diritto personale d'obbligazione: « c'est un droit sur les biens: *jus ad rem* (sic !). *Sa seule différence avec le droit réel est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine entier* ». Rincara la dose un

---

(1) GAUDEMET, *Étude sur le transport des dettes à titre particulier* (Paris, Rousseau 1898) pag. 30-31. Egli scrive: « À l'origine c'est la personne qui doit à la personne; aujourd'hui, c'est le patrimoine qui doit au patrimoine... le débiteur et le créditeur ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens ». Ed io nello studio sulla *Dazione in pagamento*, I (Padova, Drucker 1888), n. 58, pag. 148: « A mio giudizio, nelle obbligazioni, meglio che una volontà vincolata ad un'altra, si ha un vincolo fra due patrimoni considerati come personalità astratte. È un determinato patrimonio che deve una certa prestazione ad un determinato altro patrimonio, e le persone, fra cui apparisce sorgere il vincolo, non sono che gli organi, i rappresentanti, altrimenti surrogabili, delle rispettive personalità patrimoniali ». Il concetto di patrimonio su cui siffatta costruzione può appoggiarsi ha avuta, ch'io sappia, la più ampia trattazione in MESZLÉNY, *Das Vermögen u. s. w., Skizze einer neuen Vermögenslehre* (Bern, Stämpfli 1908) e contemporaneamente nello scritto tanto suggestivo di GUSTAV SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck* in *Archiv f. bürg. Recht*, XXXII (1908), pag. 12-139.

Veggasi inoltre di recente BONELLI, *La teoria della persona giuridica* (parte seconda) in *Rivista di Diritto civile* II (1910), § 8, pag. 614 e segg.: « i rapporti giuridici di diritto privato corrono *fra unità patrimoniali* » (pag. 615)... « il patrimonio è la persona giuridica. Il patrimonio è *oggetto del diritto* se per diritto si intende il *collegamento* giuridico fra l'uomo e le cose, la *proprietà*. Ma

recente scrittore francese in una tesi che sottopone a critica severa la dottrina classica sulla nozione di patrimonio, il GAZIN. Egli afferma che codesta dualità nella concezione dei diritti: diritto reale che affetta le cose, diritto personale come legame fra due persone è di un'esattezza molto relativa, perchè da un lato il diritto reale « doit à certains égards être considéré comme une obligation passivement universelle » (la tesi già dianzi discussa) e d'altra parte il diritto di credito è « un *droit réel indeterminé* quant à l'objet matériel sur lequel il porte... Ce qui est de son essence, c'est moins la présence d'un sujet passif plus particulièrement obligé, que l'indétermination de son objet, le fait qu'il porte actuellement non sur tel ou tel bien mais sur tout un patrimoine et que dans l'avenir seulement par un procédé quelconque « d'exécution » (forcée ou volontaire) il se transformera en un droit réel déterminé sur des biens alors individualisés (1) ». È troppo evidente che così, qualificando l'obbligazione un diritto reale indeterminato quanto al suo oggetto, si falsa ad un tempo e il concetto di obbligazione e

---

è *soggetto del diritto* se per diritto s'intende il *rapporto* giuridico fra persona e persona, cioè (nel campo patrimoniale) fra patrimonio e patrimonio » (pag. 625). Ma contro il BONELLI vivacemente nella stessa *Rivista di Diritto civile*, III (1911), (pag. 639-680) F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, come già contro il concetto di patrimonio enunziato dal BEKKER, *System des heut. Pandektenrechts*, I (Weimar, Böhlau 1886) §§. 40 e 41, pag. 132 e segg. si pronunziarono BENSA e FADDA, trad. delle *Pandette* del WINDSCHEID Vol. I (Torino, Unione 1890-97, nota *k* pag. 666 e segg. e contro la concezione del GAUDEMET il PLANIOL, *Op. e Vol. cit.*, n. 394, pag. 135, nota 1.

Le idee da me esposte sul concetto di obbligazione nel citato lavoro sulla *dazione in pagamento* furono accolte senz'altro dal MANFREDINI, *Dell'esecuzione forzata* (Bologna, Zanichelli 1892) pag. 12, non così, fra i proceduristi, dal DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, vol. I (Napoli, Detken e Rocholl 1901), pag. 14, nota 5. Piacemi finalmente ricordare che inclina ad accedervi il BRUGI nelle così pregevoli sue *Istituzioni di diritto civile italiano* (2ª. ediz. Milano, Società editr. libr. 1907), pag. 405, dicendo: « Non a torto è stata posta innanzi l'idea (forse destinata a trionfare) che l'obbligazione è un rapporto fra il patrimonio del debitore e quello del creditore ».

(1) H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique* (Paris, Rousseau 1910), pag. 453-455.

quello di diritto reale (1). E ciò per quella esagerata tendenza, già sopra avvertita nella critica alla dottrina dello ZIEBARTH, e sulla quale ci proponiamo di soffermarci in seguito (n. 16 *bis*), di guardare sino *ab origine* per qualificare i diritti di credito allo stadio puramente eventuale e futuro della esecuzione coattiva. Se e come in allora, ma in allora soltanto, spunti realmente la figura di un diritto reale, è cosa che si vedrà in appresso analizzando il *vincolo giuridico* come primo elemento del concetto di obbligazione. Renderemo a quel punto il debito omaggio alle acute ricerche del ch. collega prof. ALFREDO ROCCO, come pure sarà quello il luogo a cui riservare un cenno sulla distinzione da lui accolta di una teorica oggidì in voga per cui si distingue il *debito* (*debitum, Schuld*) dalla *rispondenza* (*obligatio, Haftung*). E sarà in quella sede altresì che toccheremo di una certo notevole teorica del prof. GIOVANNI BRUNETTI, che, portando agli estremi limiti alcune idee già sin qui esaminate, giunge alla radicale conclusione che il debitore non è punto legato da un dovere giuridico. Ora è tempo finalmente che proseguiamo nello sviluppo dei principî, che, con ossequio a distinzioni e dottrine oramai secolari (*rationabile obsequium* ben s'intende) abbiamo dichiarato di accogliere.

6. Fra i corollarî che discendono dall'adottato criterio differenziale fra diritti reali ed obbligazioni quello che sovrattutto importa notare si è che dall'essere immediata la signoria del titolare del diritto reale sulla cosa, esclusa l'opera di intermediarî, deriva che i terzi potranno ledere un diritto simile solo con azioni positive, col fare alcunchè, poi che l'obbligo loro incombente è di sua natura negativo, è obbligo di non turbare il titolare del diritto, di non frammischiarsi fra lui e la cosa. Invece nell'obbligazione il debitore è tenuto ad una prestazione, la quale poi può avere per contenuto un fatto od un'omissione: ecco dunque la possibilità che il diritto sia leso con un'astensione, cioè col non adempiere il debitore quella prestazione positiva che gl'incombeva.

(1) RIGAUD, *op. cit.*, pag. 471.

Questo concetto, che è dunque un corollario dei principî già posti, fornisce la chiave per la risoluzione di importanti questioni pratiche. Ci fu, per esempio, chi sostenne che la locazione di cose, ordinata com'è dal Codice francese e dal nostro, genera un diritto reale pel conduttore, e il fulcro di quest'opinione è il principio sancito, dal nostro codice nell'Art. 1597, dal codice francese nell'Art. 1743, che, se il locatore aliena la cosa locata, l'acquirente è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia anteriore all'alienazione e risulti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa. Trattasi dunque di un diritto reale, fu detto, dal momento che il conduttore lo può in dette circostanze far valere in confronto a qualunque terzo acquirente della cosa locatagli: opponibilità ai terzi ch'è appunto un attributo proprio dei diritti reali. Obbiettiamo che ciò risponderebbe alla teorica, per dir così, dell'*assolutezza* da noi combattuta. Invece col criterio della immediatezza da noi accolto, e in base al dedottone corollario che di fronte ad un diritto reale in sè e per sè i terzi non hanno che l'obbligo negativo del non ledere, siamo condotti alla conclusione opposta. Ricorre infatti di continuo nella locazione l'opera del locatore, quale intermediario fra il conduttore e la cosa, obbligato com'egli è, giusta la definizione stessa del contratto locatizio (Art. 1569, conf. al 1709 Cod. fr.), ad una prestazione positiva, cioè a *far godere* il conduttore della cosa locata, prestazione che si risolve in varî obblighi, come quello della consegna della cosa in istato locativo, del mantenimento di essa in condizioni di poter servire all'uso per cui fu locata, ecc. (Art. 1569 e 1575). Anzi questa continuata azione del locatore è caratteristica della locazione e si esplica anche quando non ci siano opere materiali, esempio riparazioni a lui incombenti, che rendano palese e per così dire visibile questo intervento di lui. Entra infatti nel concetto di tale contratto che il locatore presti il godimento al conduttore *quotidie et singulis momentis:* è una catena non interrotta di prestazioni di godimento rinnovantisi di momento in momento, concetto non astratto, ma di somma importanza pratica, come si rileva, per

esempio, dalle norme che attribuiscono in certi casi al conduttore diritto a riduzione della mercede.

Senonchè ci si potrebbe replicare che l'obbligo di prestazioni positive, come quello di fare le spese necessarie per la conservazione e l'uso della cosa, è compatibile pure con un diritto reale: ci possono essere, per esempio, servitù prediali dove a termini del titolo costitutivo incombano simili spese (esempio il *reficere viam* nella servitù di passaggio) al proprietario del fondo serviente, il che tuttavia non fa perdere alla servitù il carattere della realità. Ma rispondiamo che, data pure simile ipotesi, è ben diverso il caso di queste prestazioni incombenti al proprietario del fondo serviente da quelle incombenti, per esempio, al locatore. Il proprietario del fondo serviente le deve non *ex persona sua,* ma, per dir così, come rappresentante del fondo, ovvero, se vuolsi adottare un'altra costruzione giuridica, può dirsi che quivi si ha bensì un'obbligazione, ma un'obbligazione la quale, lungi dall'influire sulla servitù per toglierle il carattere di diritto reale, si aggiunge ad essa come accessoria, la segue come un satellite e ne subisce le sorti. Donde la conseguenza, affermata dall'Art. 643, che il proprietario del fondo serviente si esime da quest'obbligazione di fare le spese occorrenti per l'uso e conservazione della servitù con l'abbandono del fondo (1). Il locatore invece non ha modo di esimersene, non vi si può sottrarre pretendendo di cedere la cosa locata al conduttore, e ciò perchè siamo di fronte ad un vincolo personale, ad un'*obligatio faciendi* che in via principale e non accessoria lega l'un contraente all'altro (2).

---

(1) E lo stesso dovrà dirsi nell'ipotesi dell'Art. 649, articolo che per verità parrebbe a prima vista il più favorevole alla tesi che si diano *servitutes in faciendo*. Vero è che « una servitù con contenuto solo ed esclusivo di *facere* il diritto moderno non la concepisce ». SIMONCELLI, loc. cit., pag. 22.

(2) Ecco perchè non possiamo consentire col DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Du conflit des créances et du droit de préférence entre créanciers*, in *Revue crit. de législat. et de jurispr.* T. XXXIV (1905) (pag. 528-546) e T. XXXV (1906) (pag. 474-489) che, risollevando la tesi della realità del diritto del conduttore, lo

7. Posto il criterio fondamentale per cui si distinguono le categorie di diritti patrimoniali, giova ora indicare altre differenze fra loro, le quali o sono, in confronto, d'ordine secondario, oppure ricorrono normalmente ma non già necessariamente e sempre (1).

1°) Il diritto reale è di regola assoluto, cioè può farsi valere in confronto a qualunque terzo, *adversus omnes,* il diritto di obbligazione relativo, non esce cioè di regola dai rapporti fra le parti (creditore e debitore), non propaga la sua azione vincolatrice ai terzi. Il diritto reale pertanto, ciò che non suol essere del diritto di obbligazione, importa, per dirla alla francese, un *diritto di seguito* (*droit de suite*), cioè d'ordinario il titolare di un diritto reale può, per esercitarlo, perseguitare la cosa presso qualsiasi possessore o detentore. Così il proprietario di un immobile lo rivendica da qualunque lo detenga, e parimenti il creditore che ottenne un'ipoteca, diritto reale di garanzia su beni del debitore o d'altri, è al sicuro per quanti trapassi avvengano di quei beni da una ad altra mano, chè li colpirà presso l'ultimo acquirente il giorno in cui si trovi a dover esperire l'azione ipotecaria perchè non debitamente soddisfatto (Art. 1964, 2° capoverso). Invece l'esercizio del diritto di credito non importa *per sé solo* persecuzione di cose del debitore presso terzi. Se io dunque ho verso Tizio un credito semplicemente chirografario, certo egli è tenuto a risponderne con tutti i suoi beni presenti e futuri (Art. 1948), ma questo vincolo generale del suo patrimonio non toglie a lui la disponibilità di singoli beni suoi nel modo più assoluto, sì da poterneli far uscire con atti di alienazione senza che io possa perseguitarli presso gli acquirenti. (Ciò beninteso salva l'ipotesi

---

presenta come un diritto reale accompagnato da certe ragioni di credito verso il locatore (pag. 487, nota 3 del T. XXXV).

(1) Cf., oltre all'UNGER più volte citato, DE FOLLEVILLE, *Notion du droit et de l'obligation* (Paris, Thorin 1873), n. 65, pag. 92 e segg. e OLIER, *Distinction entre les droits réels et les droits personnels*, in *Revue crit. de legislat. et de jurisprud.* T. XXV (1896), pag. 466-475.

di frode che faccia luogo all'applicabilità dell'azione pauliana o revocatoria, di cui si dirà a suo luogo). Un esempio spiccatissimo di questo diverso modo di operare che contraddistingue normalmente i diritti reali e quelli di obbligazione lo abbiamo raffrontando l'ipoteca all'anticresi. Sotto una forma diversa dall'ipoteca (della quale il concetto è dato dall'Art. 1964) possono gli immobili prestare garanzia ad un credito, cioè mediante l'anticresi, contratto intercedente fra debitore e creditore, e in virtù del quale questi entra nel godimento di un immobile del debitore ed acquista il diritto di farne suoi i frutti coll'obbligo di imputarli annualmente a sconto degli interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito (Art. 1891). Parrebbe che questa forma di garanzia, che fa ottenere al creditore la consegna del fondo, dovesse essere per lui più efficace e sicura. Non è così invece, perchè l'anticresi non produce a favore del creditore anticretico che un diritto personale, mentre l'ipoteca un diritto reale, donde il corollario (ed ecco che rientriamo nel nostro tema) che al creditore anticretico non competa (Art. 1897) quel diritto di seguito sulla cosa, che vedemmo competere invece (Art. 1964, 2° capoverso) al creditore ipotecario. Se dunque, dopo avermi dato il fondo in anticresi, il mio debitore Tizio lo vende a Caio, l'acquirente Caio ha diritto di pretendere che io glielo consegni.

Però ho detto che questa differenza fra diritto di credito e diritto reale è normalissima, ma non necessaria e costante. Così abbiamo la proprietà mobiliare con diritto di seguito imperfetto (v. s. n. 5 *bis*, pag. 29) e viceversa ci siamo pure imbattuti in un diritto indubbiamente personale e non reale, quale si è quello del conduttore, che in date circostanze (Art. 1597) è munito del diritto di seguito.

2°) Il diritto reale, acquistato nei debiti modi necessarî perchè sia operativo di effetti verso terzi (per esempio trattandosi di immobili avvenuta che sia la trascrizione del titolo d'acquisto *inter vivos* ovvero l'iscrizione dell'ipoteca nei pubblici registri), conferisce al titolare di esso un diritto di

preferenza. Se si tratta del diritto di proprietà non limitato più o meno da *iura in re aliena*, questo diritto di preferenza si traduce addirittura in un'assoluta esclusione di ogni altro (1); se si tratta di *iura in re aliena* la preferenza consiste in ciò, che, ove più persone abbiano in epoche diverse acquistato sopra la cosa sia lo stesso diritto reale, sia dei diritti reali differenti che si trovano fra loro in collisione, il diritto anteriormente acquisito va innanzi al posteriore di data: «*qui prior tempore potior iure*». Così nel caso di più ipoteche iscritte in diverse date sopra un unico fondo a garanzia di crediti varî, prima si pagherà col danaro tratto dalla vendita all'asta il primo iscritto, poi il secondo, poi, se danaro ancora avanza, il terzo e così via. Tutto l'opposto avviene dei diritti di credito in sè e per sè; salvo cioè che trattisi di quei crediti privilegiati che la legge indica tassativamente, i creditori (chirografarî) concorrono assieme senza distinzione e preferenze, qualunque sia la data del rispettivo loro titolo, e però, se il debitore sia insolvente, la perdita si ripartisce *pro rata* fra loro per applicazione degli Art. 1949, 1950. Ma questo principio, si dirà, non è ingiusto? L'equità almeno parrebbe richiedere che i creditori di più vecchia data dovessero andare innanzi ai più recenti: essi hanno fatto assegnamento sui beni che il debitore aveva quando sorse l'obbligazione e che sarebbero per avventura bastati a soddisfarli integralmente, mentre questo loro calcolo viene invece frustrato, e quei beni più non bastano all'uopo, quando sovr'essi debbano pagarsi pure creditori sorti posteriormente. Ma (2) si risponde, e la risposta è perentoria, che il debitore ha pur conservata la libera disposizione dei suoi beni; ora alienandoli egli viene pure a sottrarli a quell'assegnamento che i creditori vi aveano fatto sopra e, com'essi non possono lamentarsi in questo caso, così nemmeno lo pos-

---

(1) Cfr. ACOLLAS, *Manuel de Droit civil*, T. I, 2e édit. (Paris, Germer Baillière 1874), pag. 20.

(2) LAURENT, *Principes de Droit civil*, T. XXIX (2 édit., Bruxelles, Bruylant-Christophe 1878), n. 279, pag. 314-315.

sono ov'egli ne disponga indirettamente contraendo nuovi debiti, ch'è quanto dire aumentando la massa delle persone che avranno diritto a concorrere sui beni stessi per pagarsi (1). I diritti di garanzia reale sono stabiliti appositamente per premunirsi da questo pericolo di dover concorrere alla pari con altri creditori del comun debitore, e molte volte (2) si dovrà dire *imputet sibi* il creditore che non se ne è valso in tempo per assicurare con essi la prelazione al suo credito. Bene dunque lasciò scritto ULPIANO nella l. 1 § 2 D. de separationibus, 42, 6: «licet alicui, adiiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem».

Concorrono argomenti eminentemente pratici (3) a dimostrare la inapplicabilità alle ragioni di credito di una preferenza in ordine di data e la convenienza di ammettere, tutto all'opposto, che chi primo ottiene il pagamento del suo credito dal debitore, sia ben pagato e *normalmente* (eccettuato p. es. il caso di fallimento) non possa essere soggetto a domande, nonchè di restituzione, nemmeno di proporzionale riparto che gli muovessero altri creditori del debitore comune a lui anteriori di data. Sarebbero altrimenti i negozî civili e commerciali esposti a tale incertezza, da scuotere il credito e rallentare, con grave pregiudizio sociale, il movimento degli affari. Infatti perchè il predetto diritto di preferenza del vecchio credito sul nuovo funzionasse equamente, bisognerebbe che i creditori nuovi avessero modo di conoscere, e fossero quindi imputabili di colpa se ignorassero, le obbligazioni anteriori del debitore, bisognerebbe, in altri termini, organizzare

---

(1) Cfr. pure, fra tanti, E. BIANCHI, *Dei privilegi*, ecc. Parte VII del *Commento del Codice civ. it.* del FIORE (Napoli, Marghieri 1894) n. 27, pag. 43-44.

(2) Non dico sempre, pensando ai casi nei quali, non provenendo l'obbligazione da atto di volontà a cui concorra il creditore, questi non ha modo di cautelarsi esigendo garanzie reali subito che l'obbligazione sorge (es. obblig. *ex delicto*).

(3) Posti bene in rilievo particolarmente dal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *loc. cit.*, n. 5 e segg., il che non si deve disconoscere per quanto si possa dissentire dalle conclusioni finali del suo lavoro. Veggasi pure MORTARA, *Comment. del Cod. e delle leggi di Proced. civ.* (Milano, Vallardi), Vol V, n. 4, pag. 7.

la pubblicità delle obbligazioni, proprio di tutte le obbligazioni, cosa nè materialmente, nè moralmente possibile. Ora, in difetto di siffatta pubblicità, generale si farebbe la renitenza ad accordare credito senza speciali garanzie per la tema di dover necessariamente cedere il passo a ignorati precedenti creditori, che potessero eventualmente assorbire per sè soli i beni del debitore.

E poi il creditore nuovo ordinariamente sarà diventato tale per effetto di un correspettivo in danaro o in beni di altra specie che, o sussistono tuttora nelle mani del debitore, ovvero gli hanno permesso di conservare tutto o parte di ciò ch'egli ha, di ciò con cui può soddisfare taluni debiti suoi. Ora sarebbe egli giusto che, forti della loro antecedenza di data, i creditori vecchi venissero così a pagarsi in parte a spese del nuovo? E se si pensasse di temperare, in vista di ciò, il principio stabilendo che non possa dai creditori vecchi intaccarsi quella parte di valore che è entrata nel patrimonio del debitore a merito del creditor posteriore, chi non vede in qual ginepraio di laboriose indagini bisognerebbe avventurarsi per riconoscere e isolare quel valore o il suo residuo, con evidente pericolo di incertezze ed arbitrî? Tutte queste ragioni di giustizia ad un tempo e di pratica convenienza sono sfuggite, dobbiamo dirlo, al DEMOGUE, che nella citata sua opera *Les notions fondamentales du Droit privé*, (pag. 385-386) censura il principio di uguaglianza fra creditori posto dall'Art. 2093 Cod. francese, corrispondente al nostro Art. 1948 ed arriva persino, dimentico di quelle grandi conquiste che furono in materia ipotecaria i principî della pubblicità e della specialità, a plaudire all'antico Diritto francese che dava di pien diritto ad ogni creditore per atto notarile ipoteca generale su tutti i beni presenti e futuri del debitore! Non dimentichiamo ch'è pur sempre quel DEMOGUE che vedemmo combattere la distinzione dei diritti patrimoniali nelle due note categorie e quindi volentieri egli si sente portato a condannare norme che segnano caratteri loro differenziali. Non giunge egli persino a dichiarare concepibile, teoricamente almeno, un diritto reale su cosa

non individualmente determinata (*op. cit.*, pag. 441-442)? Ciò distruggerebbe l'altra differenza di cui ora passiamo a discorrere.

3°) Vi ha una notevole differenza fra le due categorie di diritti relativamente all'oggetto su cui si esplicano. Il diritto reale ha necessariamente per oggetto una cosa; certo è che non può avere per oggetto un fatto, dal momento che esclude nel suo esercizio l'intervento di terze persone, e solo le persone, non le cose, prestano fatti. Invece la prestazione che forma il contenuto del diritto di credito è, se la si riguarda genericamente in sè e per sè, un fatto incombente al debitore, se poi si discende all'oggetto della prestazione stessa si troverà ch'esso può riguardare una cosa od un'opera; per esempio nel contratto di locazione ch'io stipulo col domestico questi si obbliga a prestarmi non già delle cose materiali, ma dei servigi. Ed anche allorquando nell'obbligazione la prestazione dovuta si riferisce a cose materiali, è possibile una rilevante differenza in confronto ai diritti reali. Questi infatti suppongono la cosa che ne è oggetto determinata nell'individuo: non è concepibile un *ius in re* su cosa indeterminata, è ridicolo il pensare, ad esempio, che Tizio possa avere la proprietà di un cavallo in genere o la servitù di passaggio sopra un fondo non precisato; avrà naturalmente la proprietà di quel tal cavallo, il diritto di passâre per quel dato fondo. La cosa invece cui si riferisce il diritto di obbligazione può essere indeterminata nell'individuo e determinata solo nel genere (esempio mi obbligo a darti cento botti di vino). E ciò perchè la cosa non è l'oggetto immediato dell'obbligazione, ma il creditore, per dir così, vi giunge attraverso il vincolo contratto dal debitore, onde basta la determinatezza di questo vincolo, non occorre altresì l'assoluta individuale determinazione della cosa alla quale siffatto vincolo a sua volta si riferisce.

4°) Il diritto reale è *per regola* suscettibile di acquisto per usucapione (o prescrizione acquisitiva che dir si voglia). Così l'usurpatore di un fondo che ne tenga per trent'anni il possesso continuo, non interrotto, pubblico, pacifico, non equivoco e coll'animo di averlo come proprio, ne acquista effettivamente

per usucapione la proprietà, diritto reale per eccellenza. (Ho detto essere questa la regola, perchè vi hanno pure dei diritti reali che tale modo di acquisto non comportano, quali le servitù discontinue e le continue non apparenti). Invece non si possono mai acquistare per usucapione diritti di credito (1). Tizio, per esempio, si crede mio debitore di L. 40.000 da pagarsi in 40 uguali rate annuali: me ne ha pagate già trenta, poi al trentunesimo anno si accorge che il debito non sussiste, cessa il pagamento, nè io potrò pretendere lo continui accampando l'usucapione. Nè a codesta regola siamo autorizzati a far eccezione per le obbligazioni di prestazioni periodiche (corresponsione di un'annua rendita). Che se, trattandosi di canoni enfiteutici, la continuata loro esazione per il periodo prescrizionale quando chi li esige si comporti da domino diretto conduce all'acquisto del dominio diretto e quindi all'obbligo per l'altra parte di continuare l'annua prestazione, gli è perchè in tal caso non si tratta più di un semplice diritto di credito, ma di un diritto eminentemente reale ed è questo che per via di usucapione si acquista (2).

Ecco dunque perchè non troviamo nel già citato Art. 1097 indicata la prescrizione fra le possibili fonti delle obbligazioni, laddove per converso il Libro II, relativo a soli diritti reali, si apre con la dichiarazione che la proprietà e gli altri diritti sulle cose possono acquistarsi, fra altro, col mezzo della prescrizione (Art. 710, ult. capov.).

Invece il Codice prussiano *Allgem. Landr.* I Th., 11. Tit., §§. 837-839 alla continuata prestazione di interessi attribuiva efficacia di presunzione dell'esistenza del mutuo, dopo dieci anni, di acquisto per prescrizione dopo trenta (3).

---

(1) Cfr., per tacer d'altri, MIRABELLI, *Contratti speciali*, *Del mutuo*, n. 27 nel cit. *Comm. al Cod. civ.* del FIORE, Parte XII, Vol. VI (Napoli, Marghieri 1894), pag. 93-96.

(2) MODICA, *Se sia possibile il possesso nelle obbligazioni, specialmente in quelle aventi tratto successivo* in *Antologia giuridica*, Anno X (1904) pag. 73 e segg.

(3) §. 837 « Wenn eine gewisse Summe zehn Jahre hindurch als Zinsen eines schuldigen Kapitals bezahlt worden, so entsteht die Vermuthung dass der

5°) Un'altra differenza che *normalmente* si incontra fra diritti di obbligazione e diritti reali è fornita dal criterio della loro durata. È certo che non possono darsi obbligazioni perpetue, anzi è fatale ed insito nel concetto stesso di obbligazione ch'essa nasca per morire, risiedendo nella *solutio eius quod debetur* il suo scopo: l'esercizio del diritto ne importa dunque l'estinzione. Il che in generale non è dei diritti reali, che hanno una durata stabile ed indefinita e che, mediante il loro esercizio, lungi dall'esaurirsi ed estinguersi, si conservano e si perpetuano.

Ho detto in generale, perchè infatti vi ha una categoria di diritti reali in cui questa perpetuità di durata manca, e che, com'è delle obbligazioni, si estinguono proprio col loro esercizio, intendo alludere ai diritti reali di garanzia (esempio ipoteche), il che si spiega col loro carattere di diritti accessori ad un'obbligazione che servono a guarentire. Parimenti noi troviamo che certi diritti reali, se non si estinguono, ed anzi si mantengono attivi, con l'esercizio, mancano necessariamente dell'altra qualifica, consistente nell'avere una durata indefinita: tali i diritti di uso, usufrutto, abitazione, che hanno al massimo la durata della vita del titolare se questi è una persona fisica, di trent'anni se è un corpo morale (Art. 515, 518, 529), sicchè può incontrarsi benissimo un diritto di credito che abbia vita più lunga di uno di questi diritti reali. E però, per concludere, non diremo in via assoluta, come ha pur fatto taluno (1), che i diritti reali differiscano dalle obbligazioni perchè hanno il carattere di una durata stabile indefinita; diremo piuttosto che, mentre è carattere essenziale a tutte le obbligazioni la limitazione della loro durata e l'estinzione loro

---

Zahlende das Kapital selbst als ein Darlehn schuldig ist. » §. 839 « Ist die §. 837 beschriebene Zinsenzahlung durch dreiszig Jahre geleistet worden, so kann der Gläubiger das Kapital vermöge eines durch Verjährung erworbenes Rechts fordern, und der Beweis dass ursprünglich kein Darlehn gegeben worden, ist nur in dem Masse zulässig, wie gegen die Verjährung überhaupt ein Beweis stattfinden kann ».

(1) Es. il De Crescenzio, *Op. cit.*, n. 5., pag. 2.

col fatto stesso del loro esercizio, ciò non solo non è essenziale nei diritti reali, ma anzi in essi, potenzialmente perpetui, si avvera normalmente l'opposto. Con frase imaginosa dice il SOHM che il diritto di credito incontra la sua fine proprio quando, come Faust, potrebbe dire all'attimo fuggente: arrestati, sei bello (1). Ma come? si opporrà: non abbiamo forse ragioni di credito che, lungi dall'esaurirsi in un attimo fuggente, vengono spiegandosi nel loro soddisfacimento in periodi di tempo talvolta assai lunghi, il che è cosa normale nelle obbligazioni di non fare e pur si verifica in tante obbligazioni positive, per esempio nella locazione di immobili (Art. 1571)? Rispondo che ogni momento di esercizio viene estinguendo in tali casi una corrispondente frazione del diritto: proprio come accade a noi, miseri mortali; ogni attimo che passa e che più non ritorna porta seco nell'abisso della eternità una parte dell'esistenza nostra, ch'è come dire una parte di noi stessi. Questo continuato logorio del diritto per effetto del suo esercizio non lo incontriamo invece di regola nei diritti reali, come sopra si è visto.

8. La distinzione fondamentale delle due categorie di diritti patrimoniali, che noi ora sappiamo da quali elementi risulti, ha importanza non soltanto riguardo al Diritto materiale, ma anche riguardo al formale, cioè alla Procedura, e più precisamente per ciò che concerne la competenza, il fôro a cui citare l'avversario. Valgono a questo proposito norme diverse circa la competenza per territorio secondochè trattasi di azioni personali o reali su beni mobili, per cui è regola il *forum rei*, ovvero di azioni reali immobiliari, per cui è regola il *forum rei sitae*. Veggansi su ciò gli Art. 90 e segg. del Codice di procedura civile (2).

---

(1) SOHM, *Bürgerliches Recht* in *Sistematische Rechtswissensch.* (Berlin, Teubner 1906, Th. II, Abth. VIII dell'opera *Die Kultur der Gegenwart*) pag. 35. E soggiunge » « Das Forderungsrecht ist da, damit es in seiner Befriedigung untergehe. Das Forderungsrecht ist nicht Zweck, nur Mittel des Vermögensverkehrs».

(2) C'è chi riprova che siasi conservata la distinzione delle azioni in reali e personali, fonte in pratica di molti litigi per determinare volta per volta la com-

A questo proposito non possiamo far a meno di toccare una questione solita a trattarsi dai proceduristi, ma che è in realtà o presuppone almeno una questione di Diritto civile, cioè se, accanto alle personali ed alle reali, sia da ammettere una terza categoria di azioni *miste*. Dissi che la questione in fondo è di Diritto civile, perchè, considerata qui l'azione come il mezzo di far valere giudizialmente il diritto (1), l'intima natura delle azioni, per dirla col SAVIGNY (2), è data dalla loro relazione coi diritti che devono con esse tutelarsi. Dunque gli è come chiedere se, accanto ai diritti reali ed ai personali o di credito, esistano diritti misti. Hanno data origine a questa terza categoria, da taluni ammessa (3), tre azioni di un carattere speciale, le quali, sebbene nascano da un obbligo ed abbiano quindi la natura delle azioni personali, da queste tuttavia si allontanano perchè attinenti a regolamento di proprietà fra più interessati, sicchè da questo lato sembra par-

petenza. Così il RATTO in nota a sent. 23 luglio 1897 della Cassazione di Torino, inserita nel periodico *La legge* del 1897, II, pag. 655-656. Si vorrebbe conservata la sola distinzione delle azioni in mobiliari ed immobiliari. Non è mio compito di entrare nella questione: solo osservo che il RATTO va distinto dal citato GRANATA, perchè se *agli effetti della competenza* fa il voto che sia tolta questa che ai Romani parve la *summa divisio omnium actionum* (§ 1 Inst. de act. 4, 6), non si spinge fino a contestare la bipartizione dei diritti patrimoniali in diritti reali e di obbligazione.

(1) Impregiudicata dunque la questione generale sul concetto di *azione*, che un'odierna accentuata tendenza pubblicistica nella dottrina procedurale considera quale diritto subbiettivo (pubblico) a sè stante. Qui consideriamo, come direbbe il collega ALFREDO ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento* in *Riv. di Dir. commerciale*, VIII (1910) a pag. 23 in nota dell'estratto, *l'esercizio del diritto in via di azione*.

(2) SAVIGNY, *Sistema del Dir. romano attuale*, traduz. SCIALOIA, Vol. V (Torino, Unione 1893), § 206, pag. 12.

(3) Cfr. in proposito MATTIROLO, *Trattato di Dir. giudiz. civile*. Vol. I 4ª. ediz., (Torino, Bocca 1892) n. 27, 28, pag. 35-38 e gli autori ivi citati. Va segnalato in particolare tra i fautori di tale categoria di azioni il PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Vol. I, Parte I (Torino, Unione 1864), pag. 126 e segg.

tecipino delle azioni reali (1). Sono queste le note azioni divisorie, *familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum.* I sostenitori di questa teorica invocano un passo delle Istituzioni di Giustiniano e precisamente il § 20 de actionibus 4, 6, che suona: « Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate, item communi dividundo, quae inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, qua inter eos agitur qui confines agros habent ». E di azioni miste, o più precisamente di competenza in materia mista, accanto a quella in materia reale e in materia personale, parla anche il Codice di procedura civile francese del 1806: nell'indagare pertanto quali azioni abbiano tale qualità, la dottrina francese altre ne aggiunse a quelle tre divisorie, per esempio l'azione che l'acquirente d'un immobile esperisca in confronto all'alienante per la consegna dell'immobile stesso. Si dice: giusta il diritto attuale (e il nostro concorda in ciò col francese) fra le parti la proprietà si intende trasmessa col solo consenso; orbene, quando l'acquirente viene in giudizio contro l'alienante per la consegna della cosa acquistata, ci viene con una duplice veste, con la veste di proprietario, che esercita contro l'alienante la *rei vindicatio* come la eserciterebbe contro qualunque terzo, e con la veste di creditore che domanda al debitore l'adempimento dell'obbligazione.

Il nostro Codice di procedura civile non parla di competenza in materia mista, e ciò è già molto significante a favore dell'opinione, ch'io pure accolgo, non essere da noi ammissibile questa terza categoria. In massima (cioè salvi forse taluni istituti anomali di origine non romana ma germanica e di natura non ancora bene definita) non può ammettersi questo ibridismo di azioni che siano ad un tempo reali e personali. Può darsi che in un diritto reale si infiltri alcunchè di personale,

(1) De Crescenzio, *Sistema del Dir. civ. romano*, Vol. I, (Napoli, Jovene 1869), nota 2 al § 80, pag. 209.

o come accessorio vi si unisca, e viceversa, ma sempre il carattere del diritto, e conseguentemente dell'azione, si desumerà dall'elemento preponderante, nè può invece *per sé stesso* un diritto presentare quella duplice natura, per la contraddizione che nol consente, troppo è diversa l'essenza delle due specie di diritti patrimoniali. Così i citati giudizî divisorî, a ben guardare, hanno carattere di azioni personali: si fondano sopra un'obbligazione risultante da una comunione e sono diretti contro un avversario determinato, che, entrato in società o in comunione per contratto o per accidentalità, è obbligato a concorrere alla divisione o alla liquidazione o almeno a subirla (1). E lasciando ai romanisti il decidere come debbano interpretarsi quelle parole di Giustiniano, che simili azioni *mixtam causam habere videntur,* a me basta rilevare come il carattere di azione personale sia esplicitamente riconosciuto altrove dallo stesso *Corpus iuris* ad una di quelle tre azioni divisorie, precisamente dal giureconsulto PAOLO nella l. 1 D. fin. regund. 10, 1; „ Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est ". Un errore su cui in moltissimi casi si fonda la dottrina che ammette diritti ed azioni miste, consiste nel riguardare come azione unica rivestita di quel duplice carattere taluni casi nei quali si ha *un cumulo di azioni*, del resto separate e distinte, l'una reale e l'altra personale. Fermiamoci, per esempio, al regolamento di confini fra immobili. Bisogna intanto bene distinguere l'azione di puro stabilimento di termini da quella di vero e proprio regolamento di confini. Alla prima si riferisce l'Art. 441 ed è indubbiamente azione personale: „ Ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue ". Qui non vi è punto in questione un *ius in re:* si suppongono fissate, non controverse le rispettive proprietà dei confinanti, e non vi ha che un'obbligazione derivante dalla *legge,* la quale è pure altra delle possibili fonti di

---

(1) ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* Vol. I. Parte I (4ª ediz. Bologna, Fava e Garagnani 1883), nota 12 al § 97, pag. 372- 373.

obbligazioni (Art. 1097), l'obbligazione, dico, incombente al proprietario di sottostare a questa apposizione di termini per prevenire futuri litigi. Suppongasi ora invece che l'uno dei proprietarî confinanti sostenga che l'altro invade parte della sua proprietà e chieda, ciò posto, il regolamento e lo stabilimento dei confini. Diremo forse allora che siamo in presenza di un'azione mista, perchè in parte diretta a rivendicare cosa che l'attore pretende usurpata dal convenuto? No, diremo invece che si ha un cumulo di due azioni, di regolamento di confine l'una, di apposizione di termini l'altra: quella, pregiudiziale, si risolve in una rivendicazione del terreno che si pretende usurpato dal vicino ed è pertanto di natura reale, questa invece meramente personale e da decidersi dopo risoluta la prima. Un altro caso a proposito di confini è possibile, che cioè vi sia una lingua di terra posseduta in comune tra i fondi vicini, ed allora la azione per regolamento di confini è puramente personale, risolvendosi in un'*actio communi dividundo*, diretta a conseguire l'adempimento di una delle obbligazioni incombenti per legge ai comunisti, quella cioè (Art. 681) di addivenire alla divisione (1). Così pure nel caso dell'acquirente dell'immobile che agisce per ottenere la consegna dall'alienante, si ha un *concorso elettivo di azioni*, quella derivante dal contratto quale fonte dell'obbligazione di dare (e quindi personale) e la *rei vindicatio*, derivante dalla proprietà oramai acquisita in confronto all'alienante per virtù del solo scambio dei consensi, ma non per questo, che entrambe siffatte azioni vertono fra le stesse persone, pel medesimo fine e relativamente all'identico oggetto, sarà permesso di fonderle assieme nel con-

(1) Cfr. CHIRONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Vol. I (2ª. ediz. Torino, Bocca 1912), §§ 145-146, pag. 317-318. Di azione mista, cioè personale e reale ad un tempo, parla il GABBA in tutti i casi in cui la domanda sia diretta a far cessare la confusione o promiscuità di confini (in nota a sentenza 11 marzo 1886 della Cassazione di Firenze in *Foro it.* XI, parte I, col. 294), non così invece il compianto FERDINANDO BIANCHI, che le varie possibili ipotesi ha con ampia trattazione distinte annotando in *Fôro it.*, XIX, parte I, col. 721-730 una sentenza 7 marzo 1894 della Cassazione di Torino.

cetto d'un'unica azione, reale e personale ad un tempo. Non si può negare tuttavia che questa confusione è agevolata ancor più in oggi dal fatto che il Diritto moderno non possiede una classazione e, per dir così, un casellario di azioni quale si incontrava nel Diritto romano(1).

In un senso ben diverso, e che può accogliersi, troviamo in Diritto romano applicata alle predette azioni divisorie e ad altre la qualifica di miste, cioè per indicare che in esse ambe le parti hanno ad un tempo la veste di attore e di convenuto. Cfr. l. 37 § 1 D. de oblig. [illegible] 44, 7; l. 10 D. fin. regund. 10, 1; l. 44 § 4 D. fam. ercisc. 10, 2. E finalmente un altro significato, che nulla ha a che fare con la presente nostra trattazione, assume l'espressione *actiones mixtae* in Diritto romano, cioè in relazione alle azioni derivanti dai delitti privati: precisamente, in contrapposto alle penali, che mirano alla pena, alle *persecutoriae* che mirano a ricuperare la cosa (p. es. la cosa rubata) o al risarcimento dei danni, *mixtae* dicevansi quelle con le quali si chiedeva ad un tempo e la applicazione della pena e la riparazione del danno, es. l'*actio vi bonorum raptorum*.

(1) Contro le azioni miste, nel senso di azioni reali e personali ad un tempo, cfr., fra tanti, LAURENT, *Principes*, Vol. VI (Bruxelles, Bruylant-Christophe 1871), n. [illegible] e segg., pag. [illegible] e segg.; VITI, *Comm. sistem. del Cod. di proc. civ.*, Vol. I, (Napoli, Morano [illegible]), n. 51, pag. 51-[illegible] e n. [illegible], pag. 70-74; V. SCIALOJA, *Proced. civile romana, Lezioni* (Roma, Pallotta [illegible]), pag. [illegible] e segg.; CHIOVENDA, *Principii di Diritto processuale civile* (Napoli Jovene 1908, 2ª. ediz.), pag. 33 e segg. Se sia piuttosto da ammettere un'altra categoria di diritti che per sè non sono nè reali nè personali e che lo stesso CHIOVENDA (*ibid.*, pag. 37) chiama *diritti potestativi*, è questione ben diversa, che esorbita dal nostro tema, per quanto l'illustre processualista [illegible] che il ripudiato concetto di diritto *misto* è sorto dalla necessità di classificare un gran numero di diritti che la divisione dei diritti in reali e personali non basta a comprendere: sarebbero quelli che la dottrina germanica chiama *Rechte des rechtlichen Könnens* o *Kann Rechte*.

Capitolo II.

Rapporti di connessione fra obbligazioni e diritti reali.

Sommario: 9. Transizione all'argomento del presente Capitolo. — 10. Si enunciano casi di possibile connessione ed intreccio delle due specie di diritti. — 11. Continua: in particolare delle cosidette obbligazioni reali e degli oneri reali. — 12. Continua: azioni personali pregiudiziali all'esercizio di un'azione reale. — Titoli al portatore.

9. La teoria delle azioni miste, che abbiamo testè combattuta, è certamente per noi istruttiva inquanto cioè ha un valore sintomatico. Essa fa comprendere la possibilità che ci siano dei rapporti, e rapporti in taluni casi molto intimi, fra le due categorie di diritti patrimoniali, senza di che non si spiegherebbe come nella dottrina ed oggi ancora in talune legislazioni abbia potuto farsi strada quella teoria (sia pure da noi ripudiata), che ammette in talune ipotesi dei diritti sulle cose, nei quali addirittura i due elementi si fondono sino a far sorgere una terza specie autonoma di diritti ed azioni. Ciò che vi ha dunque di vero ed interessa rilevare si è che, segnata pure la profonda differenza fra diritti di credito e diritti reali, bisogna guardarsi bene dal ritenerli come due mondi a parte, due campi chiusi, fra i quali nessun rapporto interceda. Che anzi si incontrano e si intrecciano sotto molteplici punti di vista, dei quali alcuni almeno vogliono essere qui ricordati.

10. 1°) Diritti reali e diritti di obbligazione possono emanare ad un tempo da un'unica fonte: così vedemmo avvenire nei contratti traslativi di proprietà o di altri diritti reali. Così dalla vendita derivano fra le parti ragioni di credito, cioè obbligazioni reciproche, e al tempo stesso passaggio di proprietà per effetto del solo consenso (Art. 1125, 1447, 1448).

2°) Pur trattandosi di diritto reale, l'elemento obbligatorio

si presenta subito ch'esso venga turbato ed il titolare del diritto stesso agisca per farlo valere: sarà l'obbligazione incombente al turbatore di riconoscere il diritto del titolare, d'uniformarvisi, di rimettere le cose in pristino, di risarcire il danno. A questo elemento obbligatorio connesso con l'esperimento dell'azione in giudizio, sia dessa poi per se medesima personale o reale, allude nel modo più esplicito il § 5 Inst. de except. 4, 13, a proposito della eccezione della cosa giudicata: « Item si iudicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus *obligatio* durat, et ideo ipso iure de eadem re tecum agi potest, sed debes per exceptionem rei iudicatae adiuvari ».

3°) Vi ha un'intera categoria di diritti reali che hanno carattere accessorio a diritti di obbligazione. Tali sono i diritti reali di garanzia, quali l'ipoteca e il pegno. Ed è notevole come dal riconoscimento giudiziale di certi diritti di obbligazione sorga immediato il diritto ad una di queste garanzie reali. Alludo all'ipoteca giudiziale, cioè all'Art. 1970, così formulato: « Ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta ».

4°) Ma ben più intimo è il nesso che (almeno secondo la configurazione apparente, a cui molti credono risponda altresì la effettuale realtà del rapporto) si presenta in taluni casi nei quali un diritto reale non fiancheggi soltanto un'obbligazione per presidiarla, ma pare che addirittura la investa, sì da discorrere di diritti reali aventi per oggetto una ragione di credito. Tale il caso dell'usufrutto di crediti (es. art. 482, 498 Cod. civ.) o di credito dato in pegno (art. 1881 Cod. civ.). Figure codeste che hanno dato e dánno alla dottrina molto filo da torcere, specialmente inquanto si escluda la possibilità concettuale di diritti su diritti. Ond'ecco taluno che a tal concetto si ribella ravvisare nell'usufrutto di crediti « un *diritto obbligatorio analogo all'usufrutto*, costituito dal creditore allo scopo di attribuire ad un

altro il godimento del credito, contro il debitore » (1) ed altri ugualmente, partendo dalla premessa che cose incorporali non possono essere oggetto valido di pegno, concepire il *cosidetto* pegno del credito come cessione condizionale di esso fatta a scopo di garanzia (2). Non è questo certamente il luogo di pronunziarsi su così sottili argomenti. Mi basta avvertire come, in contrapposto dei testè ricordati, non siano pochi, nè poco autorevoli quegli scrittori che, prendendo le cose come mostrerebbe di additarle la loro stessa denominazione, ammettono effettivamente questi casi di veri e propri diritti reali su ragioni di credito (3). La interferenza delle due sfere di diritti patrimoniali toccherebbe così il punto massimo. Anzi si può in via d'ipotesi giungere all'infinito in siffatta concatenazione di diritti reali e di diritti di obbligazione, specie nel caso di pegno. A guarentigia, p. es., del mio *credito* io ricevo in pegno (*diritto reale*) il *credito* che il mio debitore ha verso Tizio; ma questo credito può essere a sua volta garentito da un pegno (*diritto reale*), sia pegno di cosa materiale, nel qual caso la alterna vicenda si chiude, sia invece pegno su *credito* dove, per converso, alla catena un nuovo anello si aggiunge, e così via.

---

(1) Così F. FERRARA, *L'usufrutto de' crediti nel Diritto civile italiano*, est. dalla [illegible] Vol. XXXVIII [illegible] pag. 106. [illegible] nel vero e proprio diritto reale di usufrutto o di quasi usufrutto sulla cosa quando il credito [illegible] pag. 171 e segg.

(2) Così fra i nostri, il CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Vol. I (Torino, Bocca 1894) n. 48, [illegible]

(3) [illegible] richiamo che se ne fa nella nota finale del presente Titolo, aggiungiamo nei riguardi dell'usufrutto il VENEZIAN, *Dell'usufrutto* etc., Vol. I, n. 6, pag. 10-11 e n. 9 pag. 1[illegible] (nel Commento del *Diritto civile* [illegible]) e nei riguardi del pegno [illegible] *giuridica del pegno de' crediti*, est. dall'*Archivio giuridico* [illegible] Vol. VII-VIII, fasc. 3-7, pag. 87-88. — Per una completa esposizione [illegible] vedasi inoltre DEMELIUS, *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach* [illegible] *bürg. Recht* (Wien, Braumüller 1897) e HORN, *Rechte als objecte des Pfandrechts* (Teschen, Prochaska 1897).

Il Demogue, a cui tutto serve per tentar di demolire la classica distinzione dei diritti reali e dei diritti di obbligazione e per ricondurre i diritti patrimoniali tutti quanti ad un unico tipo, volge in derisione questo spettacolo strano di un diritto reale che cavalca sopra un diritto personale di credito, il più forte sul più debole: « c'est le cheval qui a pris la place du cavalier ! » (1). Metafora spiritosa, ma metafora e nulla più. Il problema non consiste nel ricercare chi abbia da fare da cavallo e chi da cavaliere, ma se la massima della cavalcatura di un diritto sopra altro diritto sia possibile e la difficoltà rimane sempre la stessa anche se di quei diritti si voglia fare una categoria unica.

11. 5°) D'altra parte si hanno esempi di obbligazioni, sulle quelli l'elemento reale direttamente influisce per ciò che riguarda la determinazione della persona dell'obbligato. Sono queste le cosidette obbligazioni *ob rem* o *propter rem*, chiamate pure *obbligazioni reali* (2). Con tali espressioni si allude a quei casi nei quali un individuo intanto è tenuto ad adempiere

---

(1) *Op. cit.*, pag. 426. Cfr. pure pag. 440-441.

(2) [illegible] giuridica delle *obbligazioni reali* ha però i suoi avversari. [illegible] Barbera 1888), § 24, pag. 220-221. Senza la pretesa, che esula sempre dalle parche nostre citazioni, di esaurire la bibliografia, segnaliamo tuttavia sulla vessata questione dell'ammissibilità della predetta figura giuridica e sui caratteri suoi, Chironi [illegible] Vol. I, n. 61 [illegible] pag. 120 e segg. L. Tartufari, *Intorno alla regola Servitus in faciendo consistere nequit con speciale riguardo al Diritto italiano vigente* (Macerata, Bianchini 1897), G. [illegible] *Riv. it. per le sc. giuridiche* (Torino, Bocca 1897) e sovr'esso L. Coviello in *Il Filangeri*, XXII, pag. 428-434, Simoncelli, cit. memoria *sul concetto del diritto reale* ecc., Burzio, *Nuovi appunti sugli oneri reali*, estr. dalle *Memorie della R. Accad. delle Scienze di Torino*, Serie II, T. LX [illegible] pag. 420 e segg., che tiene largo conto delle note Fadda-Bensa al Windscheid. Possono pure utilmente consultarsi le note del Venzi alle *Istituzioni di Dir. civ. it.* del Pacifici Mazzoni, 4ª ediz. e precisamente nota *a* del Vol. III parte 1ª, pag. 5 e segg. [illegible] del Vol. IV (Firenze, Cammelli 1908) e Cicala, *Rapporto* [illegible] (Torino, Bocca 1909) specialmente nelle note 79 e 81, pag. 193 e segg.

un'obbligazione, inquanto si trova in un determinato rapporto, ordinariamente di proprietà o di possesso, con una data cosa, sicchè per regola generale basta che quell'individuo si prosciolga da un tale rapporto con la cosa perchè cessi altresì la sua obbligazione. Ne abbiamo già incontrato un esempio a proposito delle spese necessarie per l'uso o conservazione di una servitù prediale, spese a cui si trovi sottoposto, in virtù del titolo costitutivo, il proprietario del fondo serviente (Art. 643). Del pari a proposito delle spese di riparazione di un muro comune, le quali stanno a carico di tutti i comunisti, l'art. 549 dà facoltà a qualunque proprietario di esimersene rinunziando al diritto di comunione, purchè il muro non sostenga un edifizio di sua spettanza nè trattisi di riparazioni e ricostruzioni cui abbia data causa col fatto proprio. Analogamente l'art. 676 per le spese incombenti ai comunisti relativamente alla cosa comune. Avrebbe finalmente, secondo un'opinione molto diffusa, questo carattere di *obligatio ob rem* l'obbligo del pagamento del canone incombente all'enfiteuta, su di che si fa poggiare la massima, di gran lunga ormai prevalente nella dottrina e cresimata dai responsi di varie Corti regolatrici (1), che, alienando il fondo, sia pure *irrequisito domino* (Art. 1562), l'enfiteuta cessi di dovere il canone. Devesi però riconoscere che per lo meno questo carattere di *obligatio ob rem* non è a proposito del canone enfiteutico riconosciuto in tutta la sua estensione (lasciamo ora d'indagarne il perchè): l'abbandono infatti non è qui ammesso incondizionatamente quale mezzo liberatorio dell'obbligo, disponendo l'art. 1560 che « Se il fondo enfiteutico perisce interamente l'enfiteuta è liberato dal peso dell'annua prestazione. Se il fondo non è distrutto che in parte, non può l'enfiteuta pretendere alcuna diminuzione di

---

(1) Notevole fra tutte la sentenza pronunciata il 24 febbraio 1888 dalla Cassazione torinese a sezioni unite in causa Banca di Torino c. Cingia (*Foro it.*, 1888, I, 343, con note dei Prof. GABBA e SEMERARO). Per la giurisprudenza posteriore, nonchè per un'ampia esposizione e discussione della dottrina cfr. DE PIRRO, *Della enfiteusi*, 2ª ediz. (Milano, Soc. editr. libr. 1907), pag. 227 e segg.

canone ove la rendita della parte che resta sia sufficiente per pagarlo interamente. In questo caso però, e *semprechè ne sia perita una parte notabile,* l'enfiteuta può rinunciare al suo diritto retrocedendo il fondo al concedente» (1).

Rispetto a queste *obligationes ob rem* vi ha un'importante osservazione da fare, ed è che l'obbligazione qui segue bensì il possesso della cosa e cessa con l'abbandono di essa, ma, finchè il rapporto reale dura e per le obbligazioni quindi a cagion d'esso contratte, non risponde soltanto quella data cosa, ma rispondono anche gli altri beni propri dell'obbligato, mentre invece il proprietario di una cosa colpita da un vero e proprio diritto reale è tenuto soltanto a sopportare passivamente l'esercizio di quel diritto, senza che per la realizzazione di questo diritto possano mai essere colpiti gli altri beni componenti il suo patrimonio. Esempio di ciò il vincolo ipotecario riguardo a chi ha data la cosa propria in ipoteca per garantire un debito altrui, oppure rispetto al terzo acquirente dell'immobile ipotecato. Ho conceduto a Caio, creditore di una certa somma verso il mio amico Tizio, ch'egli assicuri il credito con ipoteca sopra la casa mia. Oppure ho acquistata la casa di Tizio, dopo ch'egli già la aveva debitamente ipotecata a favore del suo creditore Caio. Ebbene in questi casi, essendo io proprietario di una cosa colpita da un diritto reale e non un obbligato *ob rem*, non sono già tenuto pel fatto che la casa è mia a pagare il debito iscrittovi sopra, sono tenuto solo ad una condotta negativa, a tollerare cioè che Caio creditore, se non viene soddisfatto, agisca coll'azione ipotecaria sulla casa: con la mia rimanente sostanza non rispondo, il peggio che potrà capitarmi è di perdere, *in executivis,* la casa. Riprendiamo invece uno dei casi di vera *obligatio ob rem*, quel-

(1) E però c'è chi nega addirittura ricorrere nel caso dell'enfiteusi *l'obligatio ob rem* in senso proprio, e, pur ammettendo che l'enfiteuta alienando il fondo si esoneri dal pagamento del canone, fonda tale massima sopra una costruzione giuridica diversa. Così, per esempio, il CHIRONI, cit. *Trattato dei privilegi*, Vol. I, n. 63, pag. 125-126.

lo p. es. delle riparazioni incombenti in virtù del titolo costitutivo al proprietario del fondo serviente. Sta bene ch'egli può liberarsene con l'abbandono del fondo, ma se nol faccia, col perseverare nel possesso della cosa si pone nella condizione di un obbligato personalmente, e però gli va senza scrupoli applicata la massima dell'art. 1948, per cui « chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni *con tutti i suoi beni,* mobili ed immobili, presenti e futuri » (1).

Si collega con queste *obligationes ob rem,* pur distinguendosene per talune ragioni (2), un istituto di origine germanica, sorto nell'età di mezzo, quello cioè degli *oneri reali* o *Reallasten,* che sono obblighi inerenti ad un fondo, in forza dei quali il possessore del medesimo è tenuto verso altri a certe determinate prestazioni (3), d'ordinario periodiche. Sulla natura loro molto si è disputato e si disputa, presentando essi ad un tempo un elemento reale, consistente nell'inerenza ad un fondo, ed uno personale, cioè l'obbligo delle prestazioni periodiche, per cui si distinguono dalle servitù di tipo romano le quali non possono consistere *in faciendo.* Tanto che alcuni scrittori, avendo riguardo più all'elemento personale, le chiamano *obligationes iuris germanici,* e viceversa altri, in vista sovrattutto dell'elemento reale, *servitutes iuris germanici.* Se ne occupano in generale le legislazioni tedesche (es. *Cod. Sassone* §§ 505 e seg., *Cod. civ. germanico* del 1896 §§ 1105 e segg. Veggasi pure ora il *Codice civile svizzero* del 10 Dicembre 1907, entrato in vigore il 1° Gennaio 1912, che vi consacra

---

(1) In senso conforme alle idee esposte nel testo veggasi particolarmente F. BIANCHI, *Ancora un dubbio sulla massima che l'enfiteuta alienando il fondo resti liberato dal canone* (Siena, Torrini 1889), pag. 7-8. Contra E. BIANCHI, cit. trattato *Dei privilegi*, n. 8, pag. 10.

(2) Sulla affinità e sulle differenze fra oneri reali ed *obligationes ob rem* veggasi CHIRONI, cit. *Trattato dei privilegi*, Vol. I, n. 65, 66, pag. 127-30, e BURZIO, *op. cit.*

(3) PERTILE, *Storia del Diritto italiano*, Vol IV, 2ª ediz., (Torino, Unione 1893), § 148, pag. 431.

un apposito Capo, il 3°., del Titolo XXI, sotto la denominazione di *Grundlasten, charges foncières, oneri reali*, art. 782-792). L'onere è inerente al fondo e grava il possessore di esso, ma non è invece inerente ad un fondo il diritto di esigere dette prestazioni (1). Appartengono a questa categoria le decime dominicali, se non come sostiene e dimostra il PERTILE (2), le sacramentali (dovute sui frutti in corresponsione della prestazione dei sacramenti) e sono quelle dipendenti da concessioni di beni fatte appunto con l'onere di simili prestazioni periodiche, e che pure possono trovarsi, e sono in gran numero, in mani ecclesiastiche. A differenza delle sacramentali, oggidì queste decime non sono soppresse, sibbene dichiarate commutabili ed affrancabili (Legge 14 luglio 1887, n. 4727, serie 3a). Ma, ripeto, è tale l'incertezza sulla vera natura giuridica di questi oneri reali, che la troviamo rispecchiarsi nelle conseguenze più importanti: così, p. es., mentre taluno sostiene che il successore nel possesso del fondo non è tenuto alle prestazioni insolute maturatesi a debito del suo autore, se non inquanto siano assicurate con ipoteca o inquanto egli sia succeduto nel fondo a titolo universale (3), altri difende la tesi diametralmente opposta (4). Comunque, a me basta l'aver rilevato come s'incontri qui un istituto nel quale i due elementi, il reale e il personale, intimamente si associano.

Il che si spiega con la sua origine germanica, perchè, se pur si giunga ad ammettere col HEUSLER, contrariamente ad altri germanisti (5), che il Diritto germanico abbia conosciuta la distinzione fra

(1) Ma e il Codice civ. germanico (§ 1105 capov.) e lo svizzero (§ 782, 1° capov.) non escludono che possa essere designato quale avente diritto il proprietario di un altro fondo.

(2) PERTILE, *op.* e *vol. cit.*, pag. 140 e segg.

(3) UNGER, cit. *System*, I, § 63, pag. 593 e con lui LAMPERTICO, *La legge 14 luglio 1887, n. 4727 serie III sulle decime* (2a ediz., Padova Drucker e Senigaglia 1888), pag. 104.

(4) PERTILE, *op.* e vol. cit., pag. 432-433, che segue il DUNCKER, *Die Lehre von den Reallasten* (Marburg, 1837).

(5) Cfr. *Institutionen des deutschen Privatrechts*, vol. I, § 70, pag. 377 e segg.

diritti reali e personali, certo è però che non la ha osservata così rigidamente come il Diritto romano, e ch'esso anche qui (lo confessa pure il HEUSLER) concepì le cose materialmente, fermandosi alle esterne parvenze. Del che è riprova anche il cosidetto *ius ad rem*: trattandosi cioè di obbligazioni in cui la prestazione concerne una cosa determinata, il creditore ha diritto di perseguitare la cosa in confronto ad altri che la cosa medesima od un diritto sovr'essa abbia acquistato in mala fede, conscio cioè del precedente rapporto obbligatorio che legava il suo autore relativamente ad essa. Accolto questo *ius ad rem* dal Diritto prussiano, ma non più dal nuovo Codice germanico, è qualificato da taluno (ZIEBARTH (1)) come un diritto reale relativo. Ho voluto citare quest'altro esempio per mostrare come siano meno rigorosamente distinte nello spirito del Diritto germanico le due categorie di diritti patrimoniali ed è naturale che qualche traccia, per effetto di contatti e dominazioni germaniche, questo miscuglio di idee la abbia lasciata qua e là anche presso di noi (2).

12. 5°) Vi hanno casi in cui l'esercizio di un diritto reale in confronto a qualsiasi terzo consegue al vittorioso esercizio di un'azione personale in confronto ad una determinata persona; in altre parole, intanto si ha diritto di far valere un proprio diritto reale sulla cosa *erga omnes* inquanto si riesca a far previamente annullare un vincolo obbligatorio concernente la cosa stessa. Esempio: io vendo a Tizio un fondo ch'egli poi rivende a Caio. Ma il mio consenso essendo stato

---

(1) *Op. cit.*, § 17, specialmente a pag. 197 e segg. *Contra* FUCHS, *op. cit.*, 8, pag. 70 e segg.

(2) Mi corre obbligo tuttavia di ricordare come il MITTEIS, dipartendosi dall'insegnamento comune, neghi che fosse assolutamente inconcepibile nè mai comparsa sul terreno romano la figura intermedia del *ius ad rem*. E ne reca almeno un caso, quello della *species legata* per fedecommesso e dall'erede venduta, dove il fedecommissario aveva diritto alla *missio in possessionem* se del fedecommesso l'acquirente era conscio (PAUL. *Sent.* 4. 1. 15, AFRIC. D. 30, 109. 1, SCAEV. D. 31, 89, 7, ULP. D. 32, 20, HERMOG. D. 36, 4, 11, 1) MITTEIS, *Röm. Privatr. bis auf die Zeit Diokletians* in BINDING, *Syst. Handb. der deutsch. Rechtswissensch.*, I, 6, 1 (Leipzig, Duncker-Humblot 1908), pag. 87-88.

viziato da violenza, io posso esperire contro Tizio l'azione di nullità del contratto, azione certo personale, dalla cui riuscita dipende ch'io possa far valere il mio ripristinato diritto di proprietà in confronto a qualunque persona, e quindi anche in confronto a Caio avente causa da Tizio. Abbiamo in ciò una ipotesi inversa a quella riscontrata toccando del regolamento di confini ed apposizione di termini dato che l'uno dei vicini pretenda usurpare l'altro una parte della sua proprietà: allora cioè vedemmo la risoluzione di una questione di proprietà (diritto reale) essere pregiudiziale all'azione personale di apposizione di termini: qui invece la risoluzione di una questione riflettente una ragion personale fra le parti contraenti è pregiudiziale all'esercizio di un diritto reale in confronto di altre persone, le quali ne risentono il contraccolpo per effetto della nota massima *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis.*

6°) Finalmente a dimostrare questo legame, questo intreccio possibile fra diritti reali e diritti di obbligazione, nulla serve meglio dei titoli al portatore. Essi sono in sostanza titoli di credito, documenti comprovanti un'obbligazione (il biglietto di banca per esempio è il documento del debito che ha la Banca verso il portatore per la somma che vi si trova enunciata). E tuttavia per loro natura si considerano come cose mobili oggetti di proprietà, facendo un tutt'uno del credito e del documento che lo attesta, perchè il possessore del documento è reputato altresì il titolare legittimo del credito. Quivi l'elemento reale acquista un tal sopravvento sul personale, che trovasi in uno stato vorrei dire latente, da agguagliarsi i titoli al portatore alle cose mobili per natura nella massima che il possesso di buona fede vale titolo (Art. 707). E, pur uscendo da questa categoria *sui generis* di crediti, costituita dai titoli circolanti al portatore, l'affinità dei rapporti è tale, che anche in relazione ad altre obbligazioni, cioè ai crediti in genere, troviamo nel comune linguaggio usate le espressioni di proprietà e di possesso. Linguaggio comune che si fa strada negli stessi testi di legge: basti citare gli art. 1242, 1538; se poi

questa terminologia sia pure giuridicamente esatta (1), non è questo il momento di indagare (2).

---

(1) La difende, e con essa il concetto di proprietà e possesso di diritti d'ogni genere, il VENEZIAN, cit. *Dell'usufrutto*, vol. I, n. 8 e 9, pag. 15-19.

(2) Sugli argomenti svolti in questo primo Titolo del presente lavoro consiglio ai giovani (quelli specialmente che, non avendo troppa familiarità colla lingua tedesca, potrebbero difficilmente ricorrere a molte opere dottrinali di capitale importanza) di consultare la traduzione delle *Pandette* del WINDSCHEID (in corso di pubblicazione presso l'Unione tipografica torinese) dovuta ai professori FADDA e BENSA e da essi corredata di preziose note. Così interessanti al massimo grado sono le loro annotazioni ai §§ 37 e segg. inserite a pag. 538 e segg. del Volume I (1890-97). In moltissimi punti i due chiar. traduttori dissentono dalle idee, che io ho esposte con la brevità propria dell'indole e dello scopo di questo lavoro. Ragione di più perchè debbano consultarsi da chi ami approfondire i punti stessi. Veggansi in particolare: sul tema se la coazione appartenga al concetto del diritto, pag. 540 e segg. — sui criterî differenziali fra obbligazioni e diritti reali, la nota c pag. 945 e segg. — sui *Reallasten*, pag. 563 e segg. — sulle *obligationes propter rem*, pag. 591 e segg. — sull'essere o no un diritto reale quello del conduttore di cose, pag. 594 e segg. — sulle modalità di una valida rinuncia in genere e quindi anche dell'*abbandono* nelle *obligationes ob rem*, pag. 857 e segg.

TITOLO II.

Analisi dell'obbligazione nei suoi elementi costitutivi

SOMMARIO: 13. Partizione della materia in quattro Capitoli.

13. Ora che abbiamo contrapposta l'una all'altra categoria di diritti patrimoniali, segnando il punto in cui diversificano, ed abbiamo fatta parola altresì dei possibili loro contatti, possiamo dire spianata la via all'esame degli elementi essenziali dei diritti di obbligazione, esame che consisterà in una analisi dettagliata della definizione posta sin dal principio (v. s. n. 1, pag. 1). Dalla quale evidentemente risulta che noi dovremo discorrere di questo rapporto sotto un triplice punto di vista, cioè: 1°) inquanto importa un *vincolo giuridico patrimoniale;* 2°) in relazione alle *persone* che vi figurano, e finalmente 3°) riguardo alla prestazione che ne forma l'*oggetto.*

Ciò formerà materia dei tre primi Capitoli in cui questo Titolo va ripartito. Ultimato che sia lo studio degli elementi essenziali, passeremo a dire in un quarto Capitolo dei precipui elementi accidentali che possono accompagnarsi al vincolo obbligatorio.

Capitolo I.
Il Vincolo.

SEZIONE I.
L'entità e gli attributi del vincolo obbligatorio.

Sommario: 14. Il concetto della Glossa e sua critica. — 15. Che cosa s'intende vincolata nell'obbligazione: compatibilità col concetto di libertà individuale. — 16. Il vincolo dev'essere patrimoniale e giuridico: si passa alla distinzione delle obbligazioni in civili e naturali. — 16 *bis*. Opportunità di meglio esplicare prima taluni concetti già esposti e di toccare della distinzione fra *debitum* (*Schuld*) *e obligatio* (*Haftung*). — 16 *ter*. Continua l'argomento del n. precedente. — 16 *quater*. Continuazione e fine.

14. Già nella parola obbligazione etimologicamente considerata (da *ob-ligare*) è inclusa l'idea di un vincolo. Ma è in un senso esclusivamente figurato e troppo angusto che, appoggiandosi appunto a quest'origine etimologica, la Glossa concepisce il vincolo. Ecco com'essa si esprime nell'illustrare la definizione del pr. Inst. 3, 14 e precisamente sulle parole *iuris vinculum*: «idest ius vinciens... ut enim boves funibus visualiter ligantur, sic homines verbis ligantur intellectualiter... iuxta illud «Verba ligant homines, taurorum cornua funes, cornu bos capitur, voce ligatur homo». La critica di questo concetto, inquanto fonda l'obbligazione sul diritto considerato soggettivamente anzichè obbiettivamente, può vedersi nell'opera già ricordata del Puntschart (1). A me basta porre in rilievo che, coll'accennare alle *parole* che vincolano l'uomo, la Glossa ha di mira soltanto l'obbligazione contrattuale. Invece è il Diritto obbiettivamente considerato quello che, data una qualunque

(1) Puntschart, *Die moderne Theorie des Privatrechts* u. s. w. (Leipzig, von Veit 1893), pag. 126 e segg.

delle possibili fonti delle obbligazioni e fra queste il contratto, tiene vincolata l'una parte all'altra. Sicchè, a ben guardare, è al Diritto obbiettivamente considerato, ch'è quanto dire alla legge, che possono ricondursi come alla prima remota lor causa tutte le obbligazioni. Ma di ciò più a lungo altrove.

15. Ora invece quello che importa è di vedere a chi o a che cosa si riferisce il vincolo nel rapporto obbligatorio. Ci fu un tempo in cui per obbligato si intese il corpo stesso del debitore: sovr'esso, e non altro che sovr'esso, quale unico oggetto del vincolo, il creditore poteva agire; è questo, si può dire, lo stadio arcaico, che pel Diritto romano, ad esempio, dura sino alla *Lex Poetelia* del 428 a. u. c. (326 a. C.) (1). Il creditore insoddisfatto non si concepiva potesse colpire i beni del debitore, nemmeno utilizzarne il lavoro finchè con le opere sue scontasse il debito, avea solo un diritto di potestà sulla persona di lui (2) che si esercitava con la *manus iniectio*, sì da farne uno schiavo. In seguito alla *Lex Poetelia* cessa di essere, per usare le parole di LIVIO (VII, 28) *pecuniae creditae corpus obnoxium*. Continuò bensì dopo di essa l'esecuzione personale, veniva bensì *addictus* il debitore insolvente al suo creditore, ma unicamente quale prigioniero sinchè il debito fosse da lui o da altri per lui soddisfatto (ad avviso di alcuni sintantochè egli lo avesse riscattato col proprio lavoro (3)). È già una grande rivoluzione che si compie così nel concetto giuridico dell'*obligatio*. Concepita prima come una *potestas* diretta sulla persona del debitore (4), così come il diritto reale direttamente si eser-

---

(1) È la data che comunemente le si assegna. Lo SCIALOIA invece nelle cit. *Lezioni di Procedura civile romana* dice che essa è *probabilmente* del 441 a. u. c. (pag. 302), e la data del 441 senz'altro trovasi assegnata nell'ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, Vol. I, Parte I, § 100, pag. 416.

(2) O di chi, a somiglianza dell'ostaggio nei rapporti fra Stati, era dato in garanzia per lui. Cfr. fra i più recenti scritti di nostri romanisti MARCHI, *op. cit.*, pag. 68-75 e BONFANTE, *Lezioni* su *Le obbligazioni* dell'anno accademico 1911-12 (Pavia Marelli 1911), n. 6, pag. 20-24.

(3) V. su di ciò le cit. *Lezioni di proc. civ. romana* dello SCIALOJA, pag. 303-304.

(4) O di altri per lui, cfr. *supra* nota penultima.

cita sopra il suo obbietto, ora veramente si disegna nel mondo dei diritti patrimoniali come figura a sè, distinta dai diritti reali. Il debitore è semplicemente la persona, attraverso la cui prestazione il creditore vuol giungere all'utilità ch'è la mira della sua ragione di credito o ad un equivalente, sicchè ora veramente si comincia ad avere quell'elemento in più per cui l'obbligazione si distingue dal diritto reale (1).

Ma in processo di tempo un ulteriore progresso si avvera quanto ai modi di esecuzione forzata, e di riflesso ulteriormente si perfeziona il concetto del vincolo obbligatorio. Accanto alla personale s'introduce (2) a merito del pretore (a quanto pare P. RUTILIO RUFO) la esecuzione reale, sui beni del debitore, la quale finisce coll'acquistare il sopravvento, pur rimanendo l'esecuzione personale come mezzo di coercizione al pagamento. In molti paesi durano ancor oggi entrambe le forme di esecuzione. L'Italia invece ha fortunatamente cancellato quella personale, modificando in questa parte il Codice civile con la Legge 6 dicembre 1877, per la quale, abolito in massima l'arresto per debiti in materia civile o commerciale, resta che il creditore insoddisfatto non potrà agire che sui beni del debitore, dato che ne abbia. Ecco dunque l'elemento patrimoniale, in origine affatto negletto, diventare decisivo: il solo, il vero ente

---

(1) Tanto mi basta rilevare ai fini della presente trattazione, lasciando ai romanisti, e in particolare agli storici del Diritto romano, il discettare sulle parole di Livio e sulla loro vera portata, inquanto a taluni pare enfatico il detto liviano che la *lex poetelia* abbia iniziata un'era novella di libertà per la plebe, mentre invece rimaneva pure in piedi l'esecuzione personale. V. particolarmente il cit. MARCHI, pag. 148-149, le Lezioni pure citate del BONFANTE, pag. 22-23 e il più volte ricordato PACCHIONI, Appendice I alla trad. del I vol. su *Le obbligazioni* del SAVIGNY, pag. 610-611, con le quali si chiude il Capo II di detta Appendice contenente una compiuta esposizione critica della più recente dottrina romanistica sull'antico *nexum*.

(2) O meglio può dirsi si generalizza, sia che si pensi a ciò che avveniva già prima pei crediti dello Stato (immissione del questore nei beni del debitore e successiva *sectio bonorum*), sia che si accolga l'opinione che anche prima la *missio in bona* fosse data contro il debitore latitante, cfr. SCIALOIA, *op. cit.*, pag. 305-306.

vincolato oggimai *nello stadio esecutivo* è il patrimonio, dichiarato dall'Art. 1949 la garantìa comune di tutti i creditori.

Questo principio che in fondo *nello stadio esecutivo* è il patrimonio e non la persona che risponde, principio di cui si vedrà la grande importanza pratica nel discorrere degli effetti dell'obbligazione, è già bastante a dimostrare come torni pressochè inutile il gran discutere che si fa da filosofi del Diritto e da giuristi in generale sulla possibilità di conciliare il concetto di libertà personale col concetto di obbligazione. Non è tuttavia da trascurarsi un altro argomento che suolsi addurre per difendere questa conciliabilità. Si prescinda pure dallo stadio esecutivo in cui il vincolo si trasporta sul patrimonio (o si consideri questo come ente per sè stante o come emanazione della persona), si raffiguri pure l'obbligazione come vincolo della volontà del debitore; questo vincolo tuttavia non esclude la sua autonomia individuale, inquantochè non assorbe la sua personalità, ma riflette solo atti isolati (1). È questo un criterio che ha la sua importanza, perchè circoscrive i *limiti del vincolo obbligatorio*, il quale dunque non può avere un contenuto tale, che ne resti ferita l'autonomia dell'individuo, assorbita la personalità. Così, per esempio, si spiega l'art. 1628: « Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa » (2). Qualche cosa di analogo si ha pure nel contratto di società. Infatti, è bensì vero che la si presume stipulata per tutta la vita dei soci, in difetto di un patto sulla durata sua (art. 1708), ma poi la legge stessa che, come dice bene il BORSARI (3), ci garantisce contro

---

(1) Veggasi, fra altri, HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (herausg. von GANS, Berlin, Duncker. u. Humblot 1833), specialmente al § 67, pag. 107 e segg. — Ma non vanno trascurate le osservazioni in contrario senso dell'ACOLLAS, *Manuel de Droit civil*, T. II (2^e^ edit. Paris, Germer-Baillière 1874) nota 5 a pag. 724-725.

(2) Cfr. in proposito KUNTZE, *op. cit.*, *passim*, ma specialmente a pag. 124-125.

(3) BORSARI, *Commentario del cod. civ. it.*, Vol. IV, Parte I (Torino, Unione 1878), § 3853, pag. 1018.

le improvvide alienazioni delle nostre libertà fisiche o morali, dichiara (art. 1733) avere in tali casi diritto ogni socio di provocare lo scioglimento della società mediante rinunzia, purchè fatta in buona fede e non fuori di tempo. Così se trattisi dell'obbligo assuntosi di certe astensioni. Dice, per esempio, il KUNTZE(1): Tiene l'obbligo ch'io assumo verso il mio vicino *altius non aedificandi*, perchè limitazioni simili non intaccano alla radice l'umana libertà; non tengono invece gl'impegni a limitazioni per cui io venissi a cadere in rapporto di soggezione verso la controparte e che tarpassero la mia libertà d'azione genericamente considerata, come se per esempio un agente di negozio si obbligasse verso il suo principale a non aprire mai e in nessun luogo un esercizio per conto proprio, che gli faccia concorrenza. Nel primo caso, continua con frase imaginosa il KUNTZE, gli è come se ad un uccello si strappasse una penna: al posto di essa gliene potrà crescere un'altra e quella mancanza non gli impedirebbe di volare; nel secondo caso sarebbe come se lo si tenesse legato per un'ala, sicchè non sarebbe più libero e potrebbe solo svolazzare (2).

Il secondo degli esempi recati dal KUNTZE allude alle cosidette *clausole di concorrenza*, le quali tutti appunto concordano che non abbiano a tenere se illimitate per tempo, luogo ed oggetto. Ma lo SRAFFA, pur ricorrendo siffatte limitazioni, le reputa sempre illecite come quelle che vincolano la personalità nella sua libertà economica. Ogni limitazione alla libertà di portare il proprio lavoro dove è richiesto può riuscire in un dato momento affamatrice e a preservare d'altra parte i legittimi interessi degli industriali bastano, egli crede, le norme contro la concorrenza sleale (es. divulgazione di segreti di fabbrica colpita anche dall'art. 298 del Codice penale) (3). È questo un rigore soverchio perchè possono mancare gli estremi della concorrenza sleale e tuttavia ricorrere giuste ragioni perchè l'industriale previamente si premunisca, mercè tali clausole, da futuri troppo gravi

---

(1) *Op. cit.*, pag. 125.

(2) IBID. nota 23.

(3) SRAFFA, *Le clausole di concorrenza* nel vol. III degli *Studi in onore di F. Schupfer* (pag. 351-378), pag. 372.

danni. Se subito, sul luogo stesso, utilizzando cognizioni e notizie che presso l'industriale ha apprese, l'impiegato, uscito dal suo servizio, si mette a fargli concorrenza, illiceità non v'è, ma altrettanto lecito si ha a dire il patto inteso a guarantire il principale da simile pericolo, semprechè contenuto in tali limiti di ragione per cui diventi esagerato il discorrere di tirannia affamatrice (1). Tant'è che entro i predetti limiti moderne legislazioni, certo tutt'altro che illiberali, hanno espressamente dichiarata la validità delle clausole in questione (2).

Agli antipodi dei casi fin qui esaminati, in cui l'obbligazione non terrebbe per l'esorbitanza del vincolo, sta l'ipotesi in cui la prestazione fosse rimessa al mero arbitrio del debitore. L'obbligazione allora non sorgerebbe affatto, perchè il vincolo mancherebbe in via assoluta essendovi contraddizione in termini fra il concetto di obbligazione e la promessa ch'io facessi di effettuare una data prestazione *se vorrò* (*si voluero*). Questo vuol significare l'art. 1162 dicendo: « È nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato ». Dal quale caso vedremo a suo tempo, trattando delle obbligazioni condizionali, come e perchè si distingua l'obbligazione sotto condizione potestativa pel promittente, di regola valida. Mi basta per ora l'aver segnato i due limiti estremi entro cui dev'essere tenuta l'obbligazione per essere valida, e oltrepassati i quali essa vien meno o per la ***esorbitanza*** o per la ***insussistenza*** del vincolo.

16. Proseguendo nell'analisi della nostra definizione, noto

---

(1) Cfr. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel Codice civile italiano* (Milano, Soc. editr. libr. 1902), n. 101, pag. 248 e segg. e autori ivi cit., ai quali aggiungasi WENDT, *Unterlassungen und Versäumnisse im bürg. Recht* in *Archiv f. d. civ. Praxis*, Vol. 92 (1902, pag. 1-287), §. 3, pag. 39-41, ma sovra tutti, per la ricchezza della bibliografia e l'ampiezza e profondità di sviluppo, RAVÀ, *Le clausole di concorrenza* in *Rivista di Diritto commerciale*, I, (1903) pag. 171-191, 274-284, 351-374. Egli, pur riconoscendo pericolose pei lavoratori tali clausole, non le proscrive in via assoluta come fo SRAFFA, bensì le ammette in una ristretta cerchia di casi e con temperamenti tali (una specie di assicurazione contro la disoccupazione) da escludere ogni iniquità.

(2) Cfr. Cod. di comm. germanico §. 74 e Cod. svizzero delle obbligazioni, §§. 356-362.

che da essa risulta dovere il vincolo riferirsi ad un rapporto d'indole *patrimoniale*. Cosa evidente, dacchè siamo appunto nel campo dei diritti patrimoniali. Nel Diritto delle persone, nel Diritto di famiglia, potremo trovare benissimo una persona vincolata in generale a degli obblighi verso altra determinata persona, ma questi obblighi, se non hanno contenuto patrimoniale, economico, esulano dal nostro concetto.

Così, per esempio, mentre vi rientra l'obbligo alimentare fra parenti ed affini entro certi gradi, perchè, pur sorgendo da rapporti di famiglia, ha un contenuto simile, vi rimane estraneo il dovere reciproco fra coniugi della fedeltà, della coabitazione, dell'assistenza, pur qualificato dall'art. 130 quale obbligazione, così il dovere di proteggere la moglie, di cui all'art. 132, e simili (1). Ciò che può avere carattere patrimoniale in tali casi è soltanto la sanzione di simili obblighi, a titolo tuttavia di punizione o di stimolo e non già di equipollente risarcimento. E ce ne porge esempio, restando appunto nel tema dei diritti e doveri coniugali, l'art. 133: «L'obbligazione del marito di somministrare gli alimenti alla moglie cessa quando la moglie, allontanatasi senza giusta causa dal domicilio coniugale, ricusi di ritornarvi. Può inoltre l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze, ordinare a profitto del marito il sequestro temporaneo di parte delle rendite parafernali della moglie».

Sta in questo carattere patrimoniale del vincolo la nota caratteristica che la *obbligazione* differenzia dagli altri obblighi giuridici e ne fa, checchè ne pensino in contrario il Perozzi ed altri (v. supra, n. 1, pag. 8 e segg.) una figura giuridica a sè. Poi ch'essa «ha per oggetto una prestazione che cade nella sfera dei liberi scambi — e può essere realizzata sul patrimonio del debitore, o sopra singoli beni suoi o di altri», ne deriva che, a differenza degli altri obblighi giuridici, «l'obbligazione del diritto privato patrimoniale non crea soltanto un dovere nell'obbligato e un'aspettativa nel creditore, ma effettivamente, o almeno potenzialmente, diminuisce un patrimonio e ne aumenta un altro». E tanto basta «per rendere ad essa applicabili regole e sanzioni che

(1) Cfr. particolarmente Koch, *Das Recht der Forderungen*, Vol. I (Berlin, Guttentag 1858), § 2, pag. 14.

sono assolutamente inapplicabili a quegli altri innumerevoli obblighi che tale valore (patrimoniale) non abbiano (1) ».

Finalmente il vincolo d'indole patrimoniale dev'essere *giuridico*. E però va tenuta bene distinta l'obbligazione formante oggetto del presente Trattato, dagli obblighi morali, dai doveri di coscienza, che pure abbiano eventualmente un contenuto economico. Esempio il dovere altissimo, morale e religioso ad un tempo, racchiuso nel *quod superest date pauperibus*. Ma anche dove il vincolo è giuridico, può esserne varia la intensità, più o meno lati gli effetti. Di qui la distinzione delle obbligazioni in *civili* e *naturali*. Argomento questo che domanda un lungo discorso, come quello che costituisce uno dei punti più controversi nella nostra dottrina e giurisprudenza, e che si presta poi mirabilmente a mettere alla prova l'attitudine del civilista alla costruzione degli istituti giuridici, costruzione tanto più difficile quanto più scarso è il sussidio che somministra la legge scritta.

16bis. Senonchè per meglio prepararci alla trattazione dell'arduo tema, conviene esplicare preliminarmente con qualche maggiore ampiezza alcune idee già esposte intorno all'odierno concetto e contenuto dell'obbligazione e toccare di una importantissima teorica, la quale dall'indagine storica dell'istituto fu tratta a scernere in esso due diversi elementi, il *debitum* (*Schuld*) *e l'obligatio* (*Haftung*).

Con l'asserire poco fa che oggimai *nello stadio esecutivo* il vero ente *vincolato* è il patrimonio, dichiarato dall'art. 1949 la garantia comune di tutti i creditori, che in fondo *allora* è il patrimonio e non la persona che *risponde* (n. 15, pag. 68-69), ci sembra di esserci posti nel giusto mezzo fra chi, ligio alla lettera del noto passo di Paolo sulla *substantia obligationum*, accentua soltanto l'elemento personale del rapporto e chi, per converso, ne prescinde affatto imperniandolo per intero sull'elemento reale, patrimoniale (2).

---

(1) Pacchioni, cit. Appendice I alla trad. it. delle *Obbligazioni* del Savigny, pag. 527-528 e 650.

(2) Cfr. pure ora in questo indirizzo, del contemperamento cioè dei due elementi, personale e patrimoniale, Carbone, *Della obbligazione nel Diritto odierno Concetto e contenuto* (Torino, Bocca, 1912), n. 15 e segg. pag. 36 e segg.

Se il contenuto dell'obbligazione si compendiasse nel vincolo di una determinata volontà, bisognerebbe, a rigor logico, concludere che l'obbligazione è un quid incoercibile. Come possibile infatti ottenere con la forza materiale, con mezzi meccanici, un atto di volontà? Non dunque coercibilità diretta di ciò che pur si rappresenta come *substantia* del rapporto, l'azione cioè (positiva o negativa) del debitore (*ut alium nobis obstringat etc.*). Coercibilità indiretta invece sì, nel senso di ottenere esecutivamente sui beni del debitore, o in sè stessa o per equipollente (danaro), la risultanza economica della prestazione mancata.

Ma concentrare d'altra parte i propri riflessi esclusivamente su codesta *eventualità* dell'esecuzione forzata, preterendo affatto l'elemento personale nel descrivere il concetto di obbligazione, è criterio altrettanto unilaterale, che urta contro il sentimento comune, etico e giuridico ad un tempo. L'adempimento da parte dei debitori delle proprie obbligazioni deve pure assumersi in una società civile e bene ordinata come lo stato normale, e come eccezionale invece la necessità di tradurre in atto quella coazione indiretta di cui si è parlato testè. Oltredichè l'esperienza di continuo ci ammaestra come, a parità di garanzia patrimoniale, si dia, specialmente nelle operazioni di credito (che sono tanta parte del diritto delle obbligazioni pur senza esaurirlo (1)) grande e giusta importanza alla *fiducia personale* che, per qualità e doti morali (onestà, capacità, solerzia) merita e ispira una persona a preferenza di un'altra, appunto perchè il creditore mira ad ottenere la realizzazione delle sue ragioni anzitutto dal giuridico comportamento e dall'opera fedele del debitore, che gli eviti la *extrema ratio* della procedura esecutiva, sempre imbarazzante, spesso lenta, laboriosa ed irta di questioni con l'esecutando e con terzi. E però nel giudizio di cognizione ciò che il creditore domanda è che sia condannato il debitore ad *eseguire la prestazione* che gl'incombe (inquanto sia ancora possibile ed utile) o a *prestare* il risarcimento dei danni, o l'una cosa e l'altra; sempre dunque s'invoca, come riconoscimento del proprio diritto, che s'ingiunga all'obbligato un'*azione*, in conformità a ciò che forma in primissima linea l'oggetto del vincolo. Solo perseverando la sua *inazione*, se ne aggrediranno i beni, entrando così in una seconda fase, la fase esecutiva, conseguenziale sì alla prima, ma non necessaria, essendo pur possibile che il debi-

---

(1) LAMPERTICO, *Il credito* (Milano, Treves 1884) pag. 4-6.

tore avesse rifiutato di adempiere l'obbligazione non per malevolenza, ma perchè convinto di non esservi astretto e vi si induca invece dopochè una solenne decisione dell'autorità giudiziaria lo fa ricredere (1).

Fermiamoci pure del resto su questa eventuale fase esecutiva. Avviene allora che quella prestazione che non si è potuto conseguire dalla persona del debitore, la si ottiene e stava per dire la si spreme da quel suo *alter ego* (mi si consenta di chiamarlo così) che è il patrimonio, il cui concetto è inscindibile da quello della persona e la segue come l'ombra il corpo. (Si ricordi, ad es. il «*mobilia ossibus inhaerent*»). Tanto che da insigni economisti e giuristi si insegna che «l'uomo non soltanto può possedere capitali, ma, in certo senso, può esso stesso essere considerato come capitale. Anche l'individuo ha invero una forza di produzione economica, giacchè anch'egli, o come imprenditore o come lavoratore può produrre beni economici o valori». Donde il corollario che s'abbia a dire normale il funzionamento dello scambio a credito «quando l'aspettativa del bene futuro occorrente per la controprestazione, fondata, sia su beni attuali posseduti dal ricevente il credito, *sia sulla sua capacità d'imprenditore o di lavoratore*, si dimostra reale e giustificata (2)». Ecco pertanto farsi parola di *persona patrimoniale* dell'obbligato, cioè della persona

---

(1) Che se anche l'inadempimento provenne da malevolenza del debitore, l'influenza morale che può esercitare su di lui il semplice esperimento dell'azione, il processo, per indurlo al compimento della prestazione dovuta, è elemento tutt'altro che trascurabile. Cfr. su ciò ZIEBARTH, *op. cit.*, § 4, pag. 36 e segg. e la mia già citata *Dazione in pagamento* (Padova, Drucker 1888), n. 57 bis, pag. 139 e segg. Benissimo scrive il MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione* (Vienna, Maynz 1901), pag. 181-182: «È un errore abbastanza diffuso quello che connette i procedimenti di dichiarazione e d'esecuzione, come se la pretesa di tutela giuridica rivolta alla fissazione di un diritto o rapporto giuridico controverso fosse tutt'una cosa con quella diretta all'effettuazione forzata di un diritto già fissato, in altre parole come se s'avesse sempre a fare con una metamorfosi del rapporto processuale attraverso due fasi successive e distinte . . . Il sorgere d'una categoria di azioni (quelle d'accertamento specie negative) che colla fine dello stadio di cognizione chiudevano ogni rapporto processuale veniva a confermare la piena indipendenza delle due faccie della pretesa a tutela (*Rechtschutzanspruch* del WACH)».

(2) ROCCO, cit. *Studio sulla teoria generale del fallimento*, pag. 4 e autori ivi citati.

del debitore inquanto è centro di un patrimonio (1). E come il debitore delle contratte obbligazioni risponde con tutti i suoi beni, presenti non solo ma anche *futuri* (art. 1948 Cod. civ.), egli non potrà spiegare le sue energie produttrici, non esercitare la sua capacità di acquisti senza fornire con ciò, anche suo malgrado, nuova materia all'espropriazione forzata da parte dei suoi creditori. Se è vero dunque che la prestazione promessa, come atto di volontà, non gli può essere estorta con la forza, è tuttavia innegabile che quanto in via esecutiva si strappa al suo patrimonio è pure un brandello della sua personalità irradiantesi nei beni. Chi trasporta pertanto esclusivamente sui beni, fin dal sorgere dell'obbligazione, il centro di gravità del rapporto, perchè già l'agire del debitore è libero e incoercibile, e giunge sino a qualificar l'obbligazione nient'altro che come diritto reale sul patrimonio (v. *supra*, n. 5 *ter*, pag. 34 e segg.) si configura un duplice stato di indifferenza che contrasta con la realtà della vita, specialmente in materia contrattuale. Stato d'indifferenza del creditore tra l'effettiva prestazione da parte del debitore o l'equipollente di essa da conseguire in via esecutiva, mentre invece, specialmente in certe obbligazioni di fare, pur valutandosi a danaro la mancata esecuzione, il creditore si sente irremissibilmente frustrato nella finalità vera del rapporto con-

(1) BRINZ, *Der Begriff Obligatio* nella *Zeitschrift* del GRÜNHUT, I (1874) (pag. 1-40), pag. 18. V. pure per questo concetto della persona patrimoniale accanto alla persona fisica, PACCHIONI, loc. cit., pag. 513. Energicamente il DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n. 37 *Revue crit. de législat. e de jurispr.* del 1906, pag. 479: « En exerçant son droit sur les biens, son droit accessoire, le créancier, qu'on ne s'y trompe pas, exerce en même temps et indivisiblement son droit sur la personne, son droit principal. En saisissant et vendant le bien, il exerce une contrainte sur la personne, il triomphe de sa résistance, il la dépouille d'un droit, avec lequel il se paie. Les droits résident dans la personne, sont des modalités de la personne. En expropriant le débiteur, le créancier, en même temps qu'il agit matériellement sur la chose, agit donc indivisiblement, mais positivement, sur la personne et la modifie gravement. Ce n'est pas seulement des biens, c'est aussi de la personne qu'il arrache son paiement ». In modo analogo si esprime G. CORNIL, *Debitum et obligatio* in *Mélanges P. F. Girard*, T. I. (Paris, Rousseau 1912, pag. 199-263), pag. 203. Lasciamo da parte qui l'affermazione del BRINZ, loc. cit., pag. 17 e *Pandekten*, § 208, vol. II, Sez. I (2ª ediz. Erlangen, Deichert 1869), pag. 4, che del rapporto obbligatorio sia *oggetto* la persona del debitore, sia pur concepita nel modo predetto, affermazione cui non potrei sottoscrivere, chè la persona del debitore è uno dei due *subbietti* necessari del rapporto.

tratto. E ciò a tacere del grande interesse che ogni creditore ha ad evitare le noie, il perditempo e gli incagli inerenti all'esecuzione forzata. Stato d'indifferenza d'altra parte del debitore dinanzi alla procedura esecutiva sui beni, come se il patrimonio colpito dal creditore fosse cosa che non lo tange, cosa affatto separata e distinta dalla sua personalità e come se nel vivere sociale, e in modo particolare nel mondo del commercio, un danno e morale e patrimoniale (menomato credito) non lo importasse una procedura esecutiva a carico del debitore contro il quale è diretta!

Vero è dunque che vi hanno nel concetto del vincolo obbligatorio, della cui entità la presente Sezione si occupa, due momenti distinti: 1° vincolo personale del debitore ad una prestazione, sotto comminatoria 2° di realizzare il vincolo sul patrimonio. Certo però che la distinzione non significa che l'un momento nulla proietti di sè sull'altro. Ecco infatti la considerazione della solvibilità del debitore influire, specie nei rapporti contrattuali, sino dal sorgere dell'obbligazione sull'animo del creditore, e mezzi cautelari sul patrimonio essere a lui consentiti, in determinate emergenze, pure in pendenza dell'obbligazione. Ecco d'altra parte la prospettiva dell'esecuzione forzata premere normalmente sull'animo del debitore come stimolo a far sì ch'egli eseguisca personalmente l'obbligazione contratta.

16ter. Le osservazioni che sono venuto esponendo nel numero che precede contengono in buona parte le ragioni del mio dissenso da una singolare teorica, messa innanzi e ripetutamente difesa, con ardore di convinzione e con grande ricchezza di dottrina e sottigliezza dialettica, dal chr. Prof. GIOVANNI BRUNETTI, il quale nega (vedremo in che senso) carattere di dovere giuridico al vincolo del debitore (1). Nelle predette osservazioni poi si adombra una distinzione oggi in voga specialmente nella dottrina germanica, fra *debitum* e *obligatio*, o in altre parole fra *Schuld* (debito) e *Haftung* (rispondenza (2)) e già si disegnano i limiti entro i quali tale distinzione crediamo debba contenersi. Dell'uno e dell'altro argomento facciamo ora discorso.

---

(1) BRUNETTI, *Il delitto civile* (Firenze, Seeber 1906) IDEM, *Importanza che il principio della autolimitazione statuale, affermato nella scienza del diritto publico, ha per la scienza del diritto privato* in *Atti della società italiana per il progresso delle scienze*, sesta riunione Genova 1912, estratto di pag. 7. IDEM, *Norme e regole finali nel Diritto* (Torino, Unione 1913).

(2) Mi pare che la parola *rispondenza* traduca l'*Haftung* dei tedeschi meglio che non l'altra *responsabilità* comunemente fra noi adottata.

Ecco, *per summa capita* e con particolare riferimento al nostro tema (se mi riesce di riassumerla esattamente) la teorica del BRUNETTI. Come nel Diritto pubblico, così nel privato le norme legali sono anzitutto autolimitazioni statuali. È allo Stato che s'indirizza il comando, che si impone il dovere assoluto di spiegare mediante, i propri organi l'opera sua presidiatrice dei principî sanciti nella legge. Carattere altrettanto assoluto nei riguardi dei singoli hanno invece soltanto quegli imperativi legali che importino a loro carico una pena in caso di volontaria (dolosa) trasgressione. Allora sì può parlarsi di un dovere giuridico assoluto per i singoli, dacchè alla dolosa inosservanza risponde una reazione adeguata, come quella che include qualche cosa di più del ristabilimento dello stato di cose turbato dal trasgressore. In tutti gli altri casi, mancando la pena, l'imperativo legale, comunque concepito, si risolve per i singoli in una semplice *regola finale*: non si impone loro in via assoluta di agire in questo o quel modo: si avvertono soltanto che, ferma la loro libertà piena di comportarsi come credono, hanno però da seguire un dato cammino tracciato dalla legge *se vogliano* (scopo, fine, donde il nome di regola finale) ottenere quel dato effetto giuridico. Ciò posto, l'adempiere le contratte obbligazioni non è pel debitore un *dovere giuridico*, che sarebbe un dovere *coattivo*, ma un *dovere libero*, perch'egli ha libertà di scegliere fra l'*eseguire la prestazione* e il *lasciare che il creditore si soddisfaccia sui beni*. È dunque una semplice regola finale, nel senso anzidetto e non una norma imperativa, quella che parla del doversi eseguire le obbligazioni contratte, precisamente come è regola finale e non un imperativo assoluto la disposizione legislativa che impone certi requisiti di forma nella redazione di taluni atti. Non mi si comanda di fare un contratto o un testamento: liberissimo di non farlo, mi si dice che, *se voglio* porre in essere un contratto o un testamento valido, *debbo* operare in un certo modo, attenermi a determinate forme. Ed è bene che su questo terreno delle regole puramente finali, anzichè su quello degli imperativi assoluti garantiti da pene, siasi posto il Diritto obbiettivo nei riguardi delle obbligazioni, chè altrimenti ne sarebbe derivata alla libertà di agire, bene umano altissimo, una limitazione troppo grave per estensione e per intensità. Per estensione, attese le molteplici obbligazioni che ciascuno incontra nello svolgimento della sua attività, per intensità, attesochè le prestazioni a cui le obbligazioni si riferiscono consistono, il più delle volte, in fatti positivi e il fare è di per sè stesso più gravoso che il *non fare* e in-

ceppa la libertà maggiormente anche perchè mentre *non faccio* una cosa posso fare tutte le altre ad eccezione di quella, ed invece, mentre *faccio* una cosa, *non posso* fare molte altre cose. Perciò il Diritto obbiettivo, lungi dal comandare al debitore di eseguire la prestazione, si contenta di stabilire che, s'egli non compie codesto *fatto*, il creditore ha diritto di soddisfarsi sui beni e il solo vero obbligo giuridico è quello dello Stato che deve a tal uopo soccorrere il creditore nelle vie esecutive.

Prendendo le mosse da quest'ultimo punto, quel tanto di vero che vi si contiene era già nella nostra osservazione (v. supra n. 15) che non hanno ragion d'essere gli scrupoli e le disquisizioni di tanti filosofi e giuristi sulla conciliabilità del concetto di obbligazione con quello di libertà personale, postochè in fondo, *nello stadio esecutivo*, è il patrimonio e non la persona che risponde. Ma se questo principio rappresenterà *in via definitiva* la valvola di sicurezza della libertà individuale, non esclude però che in realtà e *in via principale* l'obbligazione si presenti come vincolo di siffatta libertà e come tale la consideri la legge là dove dichiara che «chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente» (obbligazione primaria) «e in mancanza al risarcimento dei danni» (obbligazione succedanea o secondaria) (art. 1218 Cod. civ.). Soltanto così infatti si spiegano due punti di non poca rilevanza, quello cioè, già notato, che la sentenza di condanna, accertata l'obbligazione, ne ordina al debitore l'adempimento, anzichè addirittura ordinare l'esecuzione sui beni, e l'altro di certi divieti a contrarre tali obbligazioni che, specialmente a cagione della loro durata, vincolerebbero soverchiamente la libertà umana (es. art. 1628, 1733). Se fosse vero che vincolo di volontà e di libertà per l'obbligato non c'è mai, in nessun momento, perchè l'eseguire la prestazione non ha altra natura che di «*mezzo* col quale il debitore raggiunge il *fine* di evitare che lo Stato abbia il dovere di far conseguire al creditore, sui beni del debitore stesso, una utilità corrispondente alla prestazione» (1), mancherebbe la ragione determinatrice di quei divieti: tanto, tutto si considererebbe fino *ab initio* dal punto di vista di una più o meno estesa somma di danaro conseguibile dal creditore a spese del debitore. Invece, perchè la legge vuole innanzi tutto che il debito si soddisfi e parte altresì dal pre-

(1) Testuale quanto contorta espressione del Brunetti in cit. *Norme e regole finali*, § 78, pag. 150.

supposto che chi contrae una obbligazione lo faccia col proposito di puntualmente eseguirla (*quisque praesumitur iustus donec probetur iniustus*), restringe talune sue obbligazioni entro certi limiti di tempo perchè altrimenti ne risulterebbe *soppressa* la sua libertà. Si carichi egli pure di obbligazioni molteplici che tale libertà in più direzioni coartano: non per questo essa scompare, simile al diritto di proprietà, di cui permane il concetto per quanti siano i diritti reali (*iura in re aliena*) onde si trovi gravata. E della libertà, per continuare il confronto, come della proprietà potremo dire che, per la elasticità che le è propria, essa si ridistende in tutta la sua ampiezza a mano a mano che quelle obbligazioni si soddisfano; il che invece non avverrebbe mai se tenesse, per esempio, un contratto di locazione d'opere per cui il locatore vincolasse i proprî servigi a profitto del conduttore per tutta la durata della propria esistenza.

Taccio poi della poca concludenza delle osservazioni del Brunetti sulla estensione e intensità delle obbligazioni di fare in confronto a quelle negative. Frequenti nelle contrattazioni più di quanto pare ammetta il chiaro Autore sono le obbligazioni di non fare, commiste ad altre obbligazioni positive (esempio nel contratto di locazione una certa serie di divieti imposti dal locatore al conduttore (1)). E quanto alla gravità, può bene una sola obbligazione di non fare essere per il suo contenuto più onerosa di cento obbligazioni di fare: la grossa questione già toccata sulle clausole di concorrenza informi.

Male a proposito si abbinano sotto il concetto di regole finali il precetto di adempiere le obbligazioni, e quello di osservare certe forme *se si vuole* compiere validamente certi atti. Se lo Stato può essere indifferente a che Tizio faccia o non faccia testamento, stipuli o no un dato contratto, non lo è certamente sul punto ch'egli adempia esattamente o no le obbligazioni ormai contratte, mentre l'osservanza dei patti, e in genere l'adempimento delle obbligazioni, è uno dei punti cardinali di un buon ordinamento civile.

Ma se così è, come si spiega che questa pretesa norma imperativa non sia guarentita da alcuna penalità pei trasgressori? Rispondo che questo argomento della pena, che nella costruzione del Brunetti giuoca una parte così rilevante quale criterio discretivo ed esponente

(1) Veggasi su questa notevole diffusione delle obbligazioni di *non fare* Wendt, cit., *Unterlassungen und Versäumnisse im bürg. Recht* in *Archiv f. die civil. Praxis*, Vol. 92, § 1, pag. 6 e segg.

differenziale fra le due diverse specie di statuizioni legislative, è tutt'altro che sicuro e decisivo. Già in materia di atti illeciti lo stesso BRUNETTI è costretto ad ammettere in Diritto positivo italiano (pur censurandola dal punto di vista filosofico e *de iure condendo* e pur riducendone il numero dei casi pratici) la figura del *delitto civile*, dove l'autore soggiace all'obbligo del risarcimento senz'essere colpito da pena. E tanto basta per escludere che *nel sistema del vigente Diritto italiano* norma assoluta generatrice di vero e proprio dovere giuridico e assenza di pena siano termini inconciliabili. Ma poi sta di fatto che, se anche fosse dalla legge comminata una pena per l'inadempimento delle obbligazioni, la diretta incoercibilità della prestazione dovuta rimarrebbe pur sempre, e solo si rinvigorirebbe di un nuovo elemento quella *vis impulsiva* che già vedemmo contenuta nella minaccia di un'esecuzione sui beni all'effetto di indurre l'obbligato a fare il dover suo. Chè infatti quella libera opzione fra obbedire e sottostare alla pena c'è pure nel Diritto penale, i cui precetti, per verità assoluti, ricadrebbero anch'essi da un cotal punto di vista nella categoria che il BRUNETTI chiama delle regole finali! Il vero si è che la pena è tra le sanzioni più efficaci, ma non è la sola sanzione possibile di precetti inducenti veri e propri doveri giuridici. E il legislatore sceglie di volta in volta fra le possibili sanzioni, e ne gradua l'entità variamente, senza ch'esse alterino per questo l'intrinseca natura delle norme a cui sono apposte. Che più? Compiuto il medesimo genere di atti in ispregio a più norme di legge aventi indubbiamente tutte carattere di imperativi assoluti, può esserci pena per la violazione men grave e viceversa, ma per ciò che dove si applica la pena l'atto tuttavia rimanga valido (esempio il nuovo matrimonio della vedova prima che siano passati i dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio anteriore, art. 128 Cod. civ.) e dove non sia il caso di irrogarla (come in talune ipotesi di impedimenti matrimoniali dirimenti) sia però fulminata, come più grave sanzione, la nullità dell'atto. Orbene, nel tema nostro, bene o male che sia, il legislatore ha ritenuta sufficiente sanzione quella del risarcimento dei danni da conseguirsi sul patrimonio del debitore. E in verità l'estensione dei danni da risarcire nel caso di volontario inadempimento dell'obbligazione (che è quello sempre e particolarmente tenuto presente dal BRUNETTI è, come si illustrerà più diffusamente a suo luogo, tale e tanta, da potersi comprendere che al legislatore siasi presentata come sanzione adeguata e bastevole di per sè a spronare il debitore all'adempimento

del suo dovere. Il quale, benchè sfornito di sanzione penale, rimane dunque un dovere giuridico *coattivo*, e non un *dovere libero*, come piace al Brunetti denominarlo (Cfr., ad esempio, gli art. 1228, 1229, dalla cui combinazione risulta che in materia di responsabilità contrattuale, il dolo del debitore inadempiente gli addossa il risarcimento anche dei danni non preveduti nè prevedibili)(1).

16[quater]. Lo spunto alla teorica or ora esaminata, in quanto riguarda il vincolo nelle obbligazioni, può ben dirsi essere stato fornito al Brunetti dal Sohm, ch'egli pur cita e in parte combatte con l'acume critico abituale.

---

(1) È poi, s' io non mi inganno, una illusione quella del valoroso Collega di avere superata con la sua teorica la difficoltà, altrimenti invincibile, di un *comando* (di soddisfare l'obbligazione) diretto dalla legge anche a persone incoscienti, come il pazzo, il bambino lattante, che possono pure presentarsi in veste di debitori. Spostato concettualmente, egli dice, l'elemento imperativo dalla attività del suddito alla attività dello Stato, che deve, per mezzo dei suoi organi, procedere alla soddisfazione del creditore se il debitore non ha eseguito la prestazione, la difficoltà è bell'e appianata. Non si ha più un comando rivolto al debitore (incapace di volere e di agire nei casi in questione e quindi impossibile destinatario dell'imperativo legale) « perchè è in sua facoltà di starsene inattivo in quanto preferisca lasciare che il creditore provochi l'attività statuale » (citata memoria presentata dal Brunetti alla *Soc. it. per il progresso delle Scienze*, pag. 5 dell'estratto). O che forse costui, che è incosciente e quindi incapace a ricever comandi, diventa d'improvviso cosciente nel senso di potersene stare *volontariamente* inattivo *col deliberato proposito di esercitare un'opzione* (« in quanto *preferisca* lasciare che il creditore provochi l'attività statuale »)? Il problema dunque non è superato, ma semplicemente spostato (o girato, se meglio piace). Nè giova opporre (Idem, *Norme* ecc. § 85, pag. 161) che *chiunque può avervi interesse*, e però come tale il rappresentante legale dell'incosciente, può proporsi quel *fine* che è contenuto nella regola finale in questione, pagare dunque se vuol evitare che lo Stato procuri esso il soddisfacimento al creditore. Chè infatti, configurato il debito a quel modo in cui lo concepisce il Brunetti, la *possibilità* che altri (e persino un terzo estraneo, art. 1238 Cod. civ.) si faccia innanzi a pagare, non toglie che *principaliter* sia il *debitore* colui a cui è data l'opzione fra il pagare e il subire l'azione dello Stato ecc. Salvochè si identifichi la persona del debitore con quella del suo rappresentante legale, ma è proprio ciò che il Brunetti contesta nel combattere l'opinione di coloro che appunto al rappresentante legale intendono indirizzato il *comando* di eseguire la prestazione dovuta. Gli è che in verità il problema è più vasto, rapportandosi al concetto stesso di *diritto subbiettivo* in quanto suolsi concepire come un potere di volontà (potestà giuridica di volere, *Willensmacht* o *Willensherrschaft*),

Il Sohm, in una breve, ma concettosa e ardita memoria (1), aveva fino dal 1877 sostenuto che, mentre il diritto reale dà al titolare la potestà sulla cosa e però il diritto di *agire egli* sovra di essa, il diritto di credito non conferisce alcuna potestà su persone o cose, si sostanzia dunque nel *diritto che altri agisca*: come dire che la presenza dell'obbligo del debitore rappresenta ed esaurisce tutto il contenuto del diritto del creditore (2), impotente a far checchessia, dunque anche a costringere il debitore al pagamento (3). È pertanto un diritto all'*azione libera* dell'obbligato, sicchè l'obbligazione, lungi dal costituire una restrizione della libertà del debitore, ne costituisce anzi il riconoscimento, diretta espressione com'è della sovranità individuale e del piede di perfetta uguaglianza in cui sta una personalità di fronte all'altra sul terreno del Diritto privato (patrimoniale) (4). Del quale dunque si oltrepassano i confini, entrando in pieno Diritto pubblico, quando si invoca giudizialmente quella che veramente su tutti i sudditi (e però sull'una e l'altra delle parti) è potestà sovrana, la pote-

---

come facoltà di agire conferita al soggetto, al che appunto si oppone, da chi vuole instaurare altro concetto, l'impossibilità, per tacer d'altro, di spiegarsi il diritto del furioso, del bambino appena nato ecc. Cfr. il già citato Schwarz, *Rechtsubjekt und Rechtszweck* in *Archiv f. bürg. Recht*, vol. 32 e 34 e Fadda cit. *Negozio giuridico*, § 1, pag. 7. Recentissimo sulla questione, che naturalmente esorbita dalle nostre ricerche, Ranelletti cit. *Principii di Diritto amministrativo*, vol. I, n. 257 e segg., pag. 420 e segg.

(1) Sohm, *Der Begriff des Forderungsrechts* nella *Zeitschrift* del Grünhut, IV (1877), pag. 457-474.

(2) Das Recht des Gläubigers erschöpft sich in dem *Dasein* der schuldnerischen Verbindlichkeit . . . das Dasein der Pflicht des Schuldners den *ausschliesslichen Inhalt* des Forderungsrechts darstellt ». *Ib.*, pag. 459.

(3) « Das Forderungsrecht des Gläubigers, weil überhaupt kein Recht, zu handeln, so auch kein Recht, den Schuldner zur Zahlung zu nöthigen ist. » *Ib.*, pag. 462.

(4) « Weil es (das Forderungsrecht) nur ein Recht auf eine *fremde* Handlung ist, kein Recht für den Berechtigten selbst zu handeln, ist es folgerichtigerweise das Recht auf die *freie* Handlung des Verpflichteten . . . Die Freiheit des Schuldners durch die Obligation nicht beschränkt, sondern vielmehr anerkannt wird. . . Der Begriff der Obligation ist der direkte Ausdruck der privatrechtlichen Souveränetät, der völligen Gleichordnung des einen Privatpersönlichkeit gegenüber der andern. Er bedeutet nur eine Pflicht des Schuldners, nicht eine Gewalt des Gläubigers ». *Ib.*, pag. 472.

stà dello Stato, e ciò spiegando quel diritto di azione (l'*actio* in senso materiale) che non è per nulla contenuto nel diritto privato, ma è un diritto autonomo, di natura pubblicistica, nella considerazione del quale si prescinde affatto dalla qualità della ragione fatta valere; tanto vero che compete anche a chi non abbia alcun diritto e si faccia innanzi in giudizio con una pretesa (*Anspruch*) patentemente infondata (1).

Lungi da me il proposito di discutere punto per punto siffatta teorica: già troppo, in confronto al mio divisamento iniziale, mi sono indugiato nella disamina di tante originali produzioni di quella Giurisprudenza concettuale (*Begriffsjurisprudenz*) che è una specie di *sport* metafisico riservato ai più sottili ingegni. Mi basta rilevare che, ad onta della profonda differenza segnata dal fatto che, con maggior coerenza, il BRUNETTI ha addirittura saltato il fosso, negando la premessa di un dovere giuridico per parte del debitore, la parentela fra i due sistemi si rivela in quell'espressione di *dovere libero* che vedemmo usata dal BRUNETTI e che fa riscontro a quella del SOHM rappresentante il diritto del creditore come *diritto ad un'azione libera*, e inoltre nel concetto pubblicistico della eventuale fase giudiziaria esecutiva, per quanto assunto sotto diversi punti di vista (autolimitazione statuale per il BRUNETTI, generica configurazione dell'*actio* per il SOHM).

Contro questa esagerazione dell'elemento pubblicistico, che o fa passare in prima linea nella qualificazione del rapporto giuridico quello che ne è eventuale effetto e presidio (BRUNETTI), o addirittura sopprime, proclamandone l'impotenza, l'elemento privatistico (SOHM), abbiamo inteso con le cose sin qui esposte e intendiamo con poche altre osservazioni di reagire. Ho accennato ad impotenza come a caratteristica dell'obbligazione sul terreno del Diritto privato secondo il concetto del SOHM. Sono proprio parole sue: «la essenza del diritto reale è *potenza*, l'essenza del diritto di credito è *impotenza*» (2). Contrapposto fallace, perchè nulla significa che nello stato di pace (per dir così) il titolare del diritto reale abbia una funzione attiva sulle cose, mentre il creditore una pura funzione ricettiva (attendere e ricevere il paga-

(1) Ho qui riassunte considerazioni che il SOHM deduce dalla natura del giudizio civile in genere e del giudizio esecutivo in ispecie a pag. 464-471, all'appoggio del DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, ivi largamente citato.

(2) *Op. cit.*, pag. 472: «Das Wesen des Sachenrechts ist Macht, das Wesen des Forderungsrechts ist Ohnmacht.

mento (1), se poi nello stato di guerra, cioè per far valere il proprio diritto conteso e violato, sono costretti a ricorrere entrambi alle medesime armi, cioè a scendere con l'*azione* in giudizio. Se si ha a dire impotenza quella del creditore perchè non può altrimenti che dalla potestà dello Stato provocare i mezzi di soddisfacimento al quale il creditore sia reluttante, impotenza per lo stesso motivo s'avrebbe a dire quella del proprietario, che per riavere la cosa sua deve esperire in giudizio la *rei vindicatio* contro il possessore reluttante del pari a spontanea restituzione. Quando cioè dalla statica (mi si conceda l'espressione) si passa alla dinamica dei diritti, o si hanno a dire tutti affetti da impotenza, o meglio si ha a riconoscere col KOHLER che quella che si chiama impotenza del creditore non è che esplicazione del principio generale che a nessuno è permesso di farsi ragione da sè (2). Quando poi l'invocata tutela giudiziaria interviene, è naturale che la pratica sua efficacia si spieghi variamente nelle vie esecutive in conformità alla natura pure varia dei rapporti di diritto privato che si tratta di realizzare. La vittoria nella *rei vindicatio* farà conseguire al proprietario, *manu militari*, la cosa di cui gli fu riconosciuta in giudizio la proprietà ; la vittoria in un'azione personale di credito farà conseguire, *manu militari*, il surrogato più prossimo possibile della prestazione mancata (3) incoercibile in sè quale atto personale del debitore. Analogamente nel Diritto di famiglia dicemmo che è pur sempre la potestà maritale riconosciuta dal Diritto privato che si realizza quando, ottenuta condanna della moglie a ritornare sotto il tetto coniugale, non la effettiva traduzione di essa *manu militari* è possibile attuare, ma soltanto quella sanzione contenuta nell'art. 133 del Codice, che abbiamo già altrove ricordata.

Emerge da ciò a sufficienza in quale parte sottoscrivo e in quale no alle risultanze di notevoli acute ricerche di un esimio Collega, delle quali è giunta l'ora di intrattenerci brevemente, sciogliendo una

(1) Lasciamo stare che egli deve pure fare qualche cosa, cioè prestarsi a ricevere il pagamento, donde la possibilità che si parli di *mora creditoris*, come si vedrà a suo luogo.

(2) KOHLER, *Substanzrecht und Wertrecht* in *Archiv f. d. civil. Praxis* Vol. 91 (1901) (pag. 155-208), pag. 176.

(3) Tanto prossimo da indentificarsi nella risultanza finale alla sia pure incoercibile prestazione del debitore tutte le volte che si può avere la così detta esecuzione in forma specifica (cfr. *supra* , n. 5 *bis*, pag. 28-29).

riserva fatta in addietro (n. 5 *bis* in fine). Alludo ad una serie di memorie del ch. Prof. ALFREDO ROCCO, comparse nella *Rivista del diritto commerciale* sotto il titolo *di Studi sulla teoria generale del fallimento* (1). Con logica serrata egli, che pur consente a ravvisare l'*azione* (anche la esecutiva) come un dirito autonomo, di natura processuale e quindi come un diritto pubblico avente per contenuto la facoltà comune a tutti i cittadini di ottenere l'intervento dello Stato per la realizzazione dei rapporti giuridici concreti, dimostra tuttavia che, essendo la funzione giurisdizionale, e specialmente la funzione esecutiva, un sostitutivo o un surrogato della difesa privata, essa non ha altro compito che quello di conseguire per opera dello Stato ciò che avrebbe potuto ottenere il privato esercitando il suo diritto col sussidio della forza fisica. Ma se nel processo esecutivo lo Stato non fa che *realizzare* il diritto privato, sostituendo alla forza privata la forza pubblica della sua sovranità, è chiaro che anche *nel processo esecutivo*, come, del resto, nel processo di accertamento, *non si creano diritti nuovi, ma si realizzano diritti preesistenti* (2). Fattosi poi a ricercare quale sia questo diritto privato preesistente che nel processo esecutivo si realizza, egli lo ravvisa in un vero e proprio diritto reale di garanzia, accessorio al credito fin dal suo sorgere, il diritto cioè del creditore di vendere i beni del debitore allo scopo di soddisfarsi sul prezzo. E conclude che è il vero e proprio *diritto di pegno*, ponendosi con ciò recisamente contro la corrente universale della dottrina e francese e nostra, che nega trattarsi negli art. 1949 del nostro Codice, 2093 del Codice Napoleone (pur usandosi in quest'ultimo la parola *gage*) di un diritto di pegno in senso proprio (3).

Pur ammirando le argomentazioni ingegnose che il Rocco cerca di contrapporre alle più spontanee comuni obbiezioni (quali sono la impossibilità di concepire un pegno non inducente diritto di prelazione fra più creditori del comun debitore (art. 1949 Cod. civ.), la difficoltà di ammettere il pegno di una *universitas* (il patrimonio) come tale, nonchè di conciliare l'esistenza di siffatto pegno generale con la eventuale costi-

---

(1) I, *Il fallimento dal punto di vista economico e giuridico* (*Annata* VIII, 1910, fasc. 9). — II. *La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore* (*Idem* fasc. 11) — III. *Natura giuridica della espropriazione forzata* (*Annata* X, 1912 fasc. 10). —

(2) Pag. 21-22 dell'estratto della prima delle sovraccennate memorie.

(3) *Ibid*, pag. 23 e seg. e memoria III, pag. 7 dell'estratto.

tuzione di un diritto speciale di pegno sopra singole cose del debitore a favore di un creditore singolo o simili), io mi domando se fosse proprio così imperiosa e imprescindibile quella costruzione giuridica, da doversi, per difenderla, affrontare tutte codeste difficoltà. Verissima la premessa che il carattere pubblicistico dell'azione (anche esecutiva) non toglie che sia però sempre un *diritto privato preesistente* che con essa si esercita, ma non mi par necessario per questo di andare alla ricerca di siffatto diritto privato all'infuori e in aggiunta del *credito* che esecutivamente si fa valere. *Entia non sunt multiplicanda.* La ragione di credito per se stessa, come quella che necessariamente investe, già lo vedemmo, la persona del debitore in sè e nella inscindibile sua pertinenza, il patrimonio, spiega a sufficienza che questo alla persona sottentri in *executivis*, se vero è che ogni diritto privato nella fase dell'esecuzione forzata si attua a quel modo che la sua natura comporta. Continuiamo in un raffronto istituito poc'anzi. Come non c'è bisogno di configurarsi un originario diritto reale di garanzia sorto insieme col matrimonio sui beni della moglie, per rendersi conto del sequestro temporaneo di parte delle rendite parafernali che l'autorità giudiziaria può ordinare a profitto del marito se la donna persista a disertare il domicilio coniugale, ma la non coercibilità diretta dell'obbligo spiega a sufficienza un cotal surrogato a titolo di sanzione, così, e a *fortiori*, la non coercibilità diretta sulla persona del debitore induce il passaggio dalla persona al patrimonio *nel momento* in cui gli organi giudiziari dello Stato sono invocati per realizzare il credito e non altro che il credito, senz'uopo di ricorrere all'idea che quel che si realizza sia un diritto reale di pegno sorto a fianco del credito sin dall'inizio, quale diritto accessorio sì, ma avente tuttavia una propria distinta entità. — Il preteso pegno iniziale del patrimonio quale *universitas*, da agguagliare al vero e proprio diritto di pegno sopra il gregge o la *taberna* (secondo gli esempi romani) o sull'azienda commerciale, porterebbe, mi pare, a colpire sempre *in executivis l'universitas* come tale, mentre invece ordinariamente si tratta di esecuzioni parziali su questi o quei beni del debitore. Se diciamo invece che è al momento dell'esecuzione che entra in campo il patrinio come tale al posto della persona e quasi una *longa manus* di essa, si capisce che, come la persona avrebbe dovuto spendere per il volontario adempimento una parte più o meno grande della sua attività (ma non mai sino al punto che ne rimanesse assorbita tutta intera la personalità), così il patrimonio provveda allora eliminando da sè

una parte più o meno grande di beni in esso compresi (precisamente quanto è necessario acciò si spieghi utilmente nella risultanza economica finale l'azione dello Stato, sostituitasi alla forza privata del creditore) ma non mai sacrificando tutto sè stesso, cosa impossibile del resto se vero è il concetto, condiviso dal Rocco stesso, che il patrimonio in sè comprende un elemento indistruttibile finchè ne vive il titolare, cioè quella capacità di acquisto per cui l'uomo «non soltanto può possedere capitali, ma in certo senso, può esso stesso essere considerato come capitale» (1). Nella fase esecutiva, ma in essa soltanto, concretati i beni da espropriarsi e toltone (col pignoramento, per i mobili, colla trascrizione del precetto per gli immobili) la disponibilità al debitore, si presenta un elemento di *realità*, per cui al debitore, come ad un terzo qualsiasi, incombe l'obbligo di non intralciare il corso dell'espropriazione; ma questo elemento di realità, bene avvertito dal Rocco (2), non ha bisogno di puntellarsi sopra un precedente diritto reale di pegno, mentre è invece il naturale prodotto del concetto stesso di esecuzione forzata, che ne andrebbe altrimenti frustrato.

Dalla descritta analisi del concetto di obbligazione si sente il Rocco portato ad annettere anche nel Diritto moderno particolare importanza alla discriminazione di due elementi, che in certi periodi storici (del Diritto germanico, del Diritto romano e d'altre genti ancora) si presentarono non solo concettualmente ma di fatto distinti e disgregati. Al Brinz fra i pandettisti, all'Amira fra i germanisti (sia pure dall'uno all'altro con varietà e *nuances* che sarebbe qui fuor di luogo indicare) spetta il merito di aver gettata per i primi gran luce sulla storia del nostro istituto dimostrando che per molto tempo vi si ten-

(1) Senza dire poi di quei beni, per umanitarie disposizioni di legge insequestrabili, un *minimum* dei quali (almeno una veste per quanto lacera) non può mancare a chicchessia e che sono pure, nel comune concetto, beni patrimoniali.

(2) Nella prima delle citate memorie, pag. 16 dell'estratto. Veggasi poi in extenso W. Hein, *Duldung der Zwangsvollstreckung*, 34 *Heft* degli *Studien zur Erläuterung des bürg. Rechts* dei professori Leonhard (Breslau, Marcus, 1911). Che se, pur nei riguardi a questa condotta passiva il debitore continua a presentarsi praticamente più in vista di qualsiasi altro consociato, gli è per una situazione analoga, io direi, a quella in cui, trattandosi di servitù prediali, sta particolarmente il proprietario del fondo serviente di rimpetto al proprietario del fondo dominante. L'obbligo è sempre lo stesso, comune a qualsiasi terzo, ma siamo certo in cospetto di persone che si trovano più alla portata di violarlo.

nero distinti l'elemento del debito (*debitum*, *Schuld*) e quello della garanzia o rispondenza per esso (*obligatio*, *Haftung* (1)).

Fu tempo cioè in cui non chi aveva il dovere di fare la prestazione (*debitum*) rispondeva anche con la persona o con le cose sue per l'inadempimento, ma a ciò era vincolata (*obligatio*) una terza persona o cosa di un terzo. Si prendano le mosse dalla più antica fonte di obbligazioni, quella *ex delicto*. Ebbene che cosa si constata? Che nell'originario periodo della vendetta privata c'è la rispondenza con la propria persona (e con le persone della *gens*, tribù e simili) verso il danneggiato o la sua gente (*Haftung*, *obligatio*, dunque e non ancora *debitum*, *Schuld*, cioè dovere di prestare checchessia). Sottentra poi alla vendetta la composizione fra offensore ed offeso, volontaria prima, poi legalmente tariffata (*debitum*, *Schuld* contrattuale o legale) e per garantirne l'adempimento l'offensore dà una persona in ostaggio all'offeso. Verificandosi appunto l'inadempienza, sopra l'ostaggio, e non sull'offensore il creditore (l'offeso) si rivale: è dunque un terzo che *risponde* mentre *non deve*, e viceversa *non risponde* chi *deve*. Così sarebbe stato pure nell'antica Roma della *cautio praedibus*. Nella fase primitiva i *praedes*, dati dal *manceps* (debitore) al creditore rispondono per lui quali ostaggi

(1) Del BRINZ veggansi: *Der Begriff Obligatio* nella *Zeitschrift* del *Grünhut*, vol. I, (1874), pag 11-40, *Pandekten*, cit. 2ª ediz., vol. II, parte I, §§ 206 e segg., pag. 4 e segg., *Obligation und Haftung* in *Archiv. f. d. civ. Praxis*, vol. LXX (1886), pag. 371-408. Dell'AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht* in due volumi editi a Lipsia fra il 1882 e il 1895. Veggansi poi particolarmente fra i germanisti P. PUNTSCHART, *Schuldvertrag und Treugelöbniss des sächs. Rechts im Mittelalter* (Leipzig, 1896) e GIERKE, *Schuld und Haftung in älterem deutschen Recht* Breslau, Markus 1910) con ricca bibliografia, che oggi va completata con le indicazioni contenute nel primo dei citati *Studi sulla teoria generale del fallimento* di ALFREDO ROCCO, n. 10, pag. 16-17 nota 1, con quelle fornite dal PACCHIONI nella citata *Appendice alla traduz. del Savigny* ai §§ 4 e 5, pag. 503-529, contenenti una lucida esposizione della teoria del BRINZ e di quella dei germanisti. Vi si aggiungano ora, oltre al citato HEIN, *Duldung der Zwangsvollstreckung* e al MARCHI, pure cit. *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, che della distinzione tengono conto per i particolari fini delle loro ricerche, i seguenti lavori speciali: v. SCHWERIN, *Schuld und Haftung im geltenden Recht* (München, Schweitzer 1911) e CORNIL cit. *Debitum et obligatio* in *Melanges Girard*, I (Paris, Rousseau 1912) entrambi a lor volta ricchi di dati bibliografici, particolarmente il CORNIL il quale a pag. 199, nota 1, indica pure scritti che della distinzione in discorso si sono occupati relativamente al Diritto greco e al Diritto assiro-babilonese. Va reso fra i nostri particolare tributo d'onore, oltrechè al ROCCO, al PACCHIONI che sui la-

mentre egli in nessun modo risponde dato che non adempia l'impegno che ha contratto. Tanto che, quando in una fase più evoluta restano obbligati anche il *manceps* o debitore, si dice che così si son fatti *praedes* (garanti) di sè stessi. Parimenti nella dibattuta e intricata questione sul vero essere dell'antico *nexum* pare che oramai una guida sicura allo storico del Diritto romano somministri la predetta dicotomia, o si consideri il *nexum* come il *negotium* con cui chi era già *debitore* si obbligava: « si *doveva* probabilmente in base alla semplice promessa o al semplice mutuo e si restava *obbligati* in base al *nexum* (1) », o si ammetta che « esso abbia, col volger del tempo, subìto uno svolgimento storico che coincide esattamente con quello, che testè vedemmo ebbe a verificarsi nella *cautio praedibus* (2) ».

L'addentrarmi in così suggestive ricerche non è compito mio. Mi è bastato porne in rilievo il grande valore e la innegabile concludenza dal punto di vista della storia giuridica. Invece ho dei dubbi sulla effettiva pratica concludenza che dogmaticamente e dal Rocco e dal Pacchioni vi si attribuisce nell'odierno Diritto italiano, tuttochè essi pure riconoscano in esso, come già nel Diritto Romano classico, compiuta la fusione dei due elementi nella stessa persona e nel relativo suo

---

vori del Brinz e dei germanisti richiamò in Italia l'attenzione, sono ora quindici anni, con la memoria *Sul concetto dell'obbligazione* inserita nel vol. I degli *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer* (Torino, Bocca 1898), pag. 203-214, memoria ora rifusa nella predetta sua Appendice al Savigny. Fra così copiosa letteratura (in cui stanno indicati gli avversari della distinzione accanto ai fautori) mi par notevole segnalare tre punti e cioè: 1°) che il Sohm, la cui già criticata nozione dell'obbligazione qualificata di impotenza fu detto (Puntschart e Pacchioni, cit.) essere il prodotto del disconoscimento della distinzione fra *Schuld* e *Haftung*, ne è oggidì fautore ed espositore, come sempre, felicissimo nel suo citato *Bürgerliches Recht* in *System. Rechtswiss.* (Berlin, Teubner 1906), pag. 35-36; 2°) che il nostro Bonfante, già dimostratosi contrario alla distinzione fra *Schuld* e *Haftung* o quanto meno scettico nel suo Corso di lezioni all'Ateneo pavese del 1906-07 (Pavia, Bruni), pag. 27 e segg., mutò idea nel Corso pure sulle obbligazioni del 1911-1912 già citato, pag. 23 e segg.; 3°) che di recente il Kuhlenbeck, *Die Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts*, vol. II (München, Lehmann, 1913), pag. 279-280, considerata la *Haftung* rispetto alla *Schuld* quale mezzo a fine, li ravvisa scolpiti nella classica definizione romana, il primo elemento nelle parole « est *vinculum iuris* » (*ob-ligatio*, *Ver-bindlichkeit*), l'altro nelle successive » *alicuius solvendae rei* [*causa*]).

(1) Pacchioni, cit., *Appendice*, § 6, pag. 570, confr. con § 12, pag. 611.

(2) Marchi, *op.* e vol. cit., pag. 78.

patrimonio (1). Concettualmente sta l'analisi dei predetti elementi sebbene compenetrati oggimai in un sol tutto: si fa sempre opera di scienza sia che si raggruppino sistematicamente entità disgiunte sia che si scompongano, a mo' dei chimici, gli elementi semplici di un corpo composto. Ed è pur ciò che ho fatto sin qui, a parte il vario apprezzamento dei due elementi in sè e nel grado della loro fusione. Ma temo si esageri quando nel contrapposto fra debito e rispondenza (*Schuld* e *Haftung*, *debitum* e *obligatio*) *quasi entità tuttogiorno distinte* si ripone il segreto di talune posizioni giuridiche, la loro ragion di essere, la logica loro spiegazione, dovechè se n'ha tutto al più la genesi storica e spesso una semplice veste formale che non fa procedere di un passo l'esplicazione della essenza e del modo di funzionare di questo o quell'istituto. Rechiamo un paio di esempî. Si ha la responsabilità senza che ci sia il debito, si dice, in tutti i casi di fideiussione, o quando una persona concede pegno o ipoteca su cosa propria per debiti altrui. Orbene, nell'esempio del pegno o ipoteca il non facile problema sull'entità del rapporto non si avvantaggia per nulla col dire che c'è nel datore di ipoteca l'*obligatio* scompagnata dal debito. Fino a questo punto arriva anche chi parla alla vecchia e senza tanto sottilizzare, di un *diritto reale di garanzia*. Il riattaccarsi all'antica scissione di debito e di rispondenza gioverebbe ed avrebbe una contenenza pratica se si potesse dire: ecco, qui risponde

---

(1) ROCCO, citato primo studio etc., n. 10, pag. 16 e segg. Quanto al PACCHIONI, egli per verità nel primo suo lavoro già ricordato inserito negli *Studi in onore di F. Schupfer* aveva dichiarato considerevole l'importanza di queste nuove risultanze della dottrina germanica « dal punto di vista della teoria giuridica e dal punto di vista storico » ma *poca o nulla* l'importanza *pratica pel diritto civile vigente*. Senonchè, pur trasfondendo detto lavoro nella più volte rammentata Appendice alla traduzione del Savigny, egli queste parole non le ha più riprodotte. E risulta infatti da più scritti suoi, comparsi specialmente nella *Rivista di diritto commerciale* e dei quali si farà a suo luogo menzione, che egli ha a questo proposito mutato avviso. Più facilmente si concepisce che pratica importanza odierna si annetta alla distinzione in legislazioni, che hanno accolti istituti nei quali il vincolo di garanzia delle cose tende ad affrancarsi completamente da ogni rapporto di dipendenza rispetto ad un'obbligazione personale (cit. CORNIL, pag. 221), quali sono la *Grundschuld* (§§ 1191-1198) e la *Rentenschuld* (§§ 1199-1203) del Codice civile germanico. E tuttavia veggasi contra PREDARI su PUNTSCHART, *Der Grundschuldbegriff u. s. w.* in *Zeitschrift für gesammte Handelsrecht* del GOLDSCHMIDT, vol. 51 (1902), pag. 618-621.

chi non deve e chi deve non risponde: ma ciò non avviene per nulla, chè nella persona del debitore continuano ad essere congiunti i due elementi (non risponde egli forse col suo patrimonio?) anche se uno di essi è rafforzato dalla concomitante garanzia prestata da cose di terzi. Men che mai giova invocare l'esempio della fideiussione: non solo per essa non avviene (more arcaico) il distacco fra il debito del debitore e la rispondenza, postochè la presenza di un mallevadore non toglie che del mio debito io anzitutto risponda col mio patrimonio, ma per di più nella stessa fideiussione si ha un rapporto obbligatorio che importa per chi lo ha contratto il connubio dei due famosi elementi: il mio fideiussore ha un debito personale a sè, per quanto di natura accessoria al debito mio: è tenuto cioè a pagare il creditore se non lo pago io (*debitum*, *Schuld*) e di questo debito, quando siasi verificata la ragione di esigerlo, risponde pure con tutti i propri beni (*obligatio*, *Haftung*), com'è regola per qualsiasi debitore astraendo affatto dal carattere principale o accessorio del vincolo (1).

Così si risolve, s'io non erro, in una tautologia inconferente al problema della costruzione giuridica del rapporto, l'additare i casi di *responsabilità limitata* come segno rivelatore della distinzione. Sono i casi (tipico il diritto di abbandono della nave e del nolo in conformità all'art. 491 Cod. comm.) nei quali si risponde non con tutto il patrimonio, ma o con un bene determinato o fino all'ammontare di un valore determinato. Dice il Rocco: « qui il vincolo personale, il rapporto obbligatorio permane integro; è invece limitato nel suo oggetto il diritto reale (2) », intendendo il diritto reale di pegno quale egli configura, lo vedemmo, la rispondenza patrimoniale derivante dagli art. 1948, 1949 Cod. civ. In verità quando si afferma qui c'è un *debito* personale di tanto, ma un'*obligatio* non per beni di uguale importo, bensì invece ristretta ad una sola parte del patrimonio o a un determinato bene in esso compreso, si ridice *mutatis verbis* ciò che già la legge in questo o quel testo dispone. E rimane ancora da studiare il perchè di siffatta limitazione di rispondenza, la struttura giuridica del rapporto. Se mai, è il caso di dire che, almeno in talune delle ipotesi

---

(1) Cfr., nei riguardi della fideiussione, SIBER, *Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht* in *Jahrbücher f. die Dogmatik des bürg. Rechts*, vol. 50 (1906) (pag. 55-276), pag. 108-109.

(2) Nel primo dei citati *Studi sulla teoria generale del fallimento*, n. 10 (pag. 18 dell'estratto).

prospettate attinenti al Diritto marittimo, si intorbidano le cose mettendo qui in antitesi i due elementi in quel modo, per cui entra in giuoco la rispondenza come vero diritto di pegno, che accompagna *sin dal suo sorgere* la *ragione* del credito. Finchè si tratta della rispondenza con tutto il patrimonio considerato come *universitas*, il Rocco si è potuto salvare dall'obbiezione che sulle cose uscite dal patrimonio prima dell'iniziata esecuzione non c'è pel creditore diritto di seguito, basandosi appunto sul carattere di *universitas* che permane astrazion fatta dalle cose che ne escono via via e che vi entrano, come pur avviene nella *taberna*, nel *gregge* e via dicendo. Ma la cosa qui non regge più se si suppone che fin dapprincipio al debito nella sua integrità si accompagnasse il diritto reale di pegno esclusivamente su quella data cosa (es. la nave). Il vero si è che il debito involge anche qui rispondenza con tutto il patrimonio ed è una semplice facoltà data al debitore *in executivis* quella di limitare codesta rispondenza a date cose, beninteso in quanto allora le conservi fra i beni propri, chè, non essendo qui in cospetto di *obligatio ob rem* (1), uscite che fossero a quel momento dette cose dal suo patrimonio, egli non avrebbe più modo di restringere la generica garanzia derivante dagli art. 1948-1949 Cod. civ. (2).

A quella guisa che negli esempî recati e in altri ancora si vuol ravvisare pur nel Diritto odierno il distacco dei due elementi, o come limitazione di rispondenza o addirittura come rispondenza là dove non c'è debito, così viceversa si parla della possibilità di *debito* senza *rispondenza* o garanzia di sorta. E a riprova si invoca come tipico il caso della *obbligazione naturale*. Alla quale finalmente, meglio preparati da quanto siamo venuti esponendo nei n. 16 bis e seguenti, procediamo nella successiva Sezione.

SEZIONE II.

L'obbligazione naturale contrapposta alla civile.

Sommario: 17. Posizione del quesito e partizione della sezione in quattro paragrafi ed un'appendice.

17. La questione che dobbiamo affrontare è triplice. Si domanda: 1°) Se nell'attuale legislazione si debba ammettere,

(1) Cfr. la cit. mia *Dazione in pagamento*, n. 49, pag. 121 confrontato col n. 66, pag. 179 e segg.

(2) Cfr. A. Brunetti, *Sulla natura giuridica dell'abbandono ai creditori nel diritto marittimo* in *Il Diritto commerciale*, vol. IV, serie 2ª, n. 10 (n. 4, pag. 11 dell'estratto).

accanto alle obbligazioni giuridiche perfette o *civili* (aventi tutti i presidi e producenti tutti gli effetti propri dell'istituto che stiamo illustrando), una categoria di obbligazioni meno perfette col nome di *naturali*. 2°) Se sì, quali ne siano i caratteri distintivi, quali gli effetti. 3°) In quali concreti casi riscontrare praticamente quei caratteri distintivi, sì da ravvisarvi altrettante obbligazioni naturali. Di tali questioni la prima è tutta propria del Diritto attuale, mentre invece pel Diritto romano, e finch'esso durò quale *ratio scripta*, era fuor di dubbio la sussistenza di obbligazioni dette nelle fonti *naturales tantum* in contrapposto alle civili, obbligazioni producenti taluni effetti giuridici, ma sprovviste dell'azione, sicchè il creditore non potea esigerne giudizialmente l'adempimento. Gli altri due ordini di questioni li troviamo invece anche fra romanisti. Scende da ciò la divisione della sezione presente in quattro paragrafi, il primo dei quali consacrato ad una rapida scorsa del Diritto romano (1), gli altri tre alla risoluzione degli accennati quesiti in ordine al vigente Diritto italiano.

Per non turbare poi con soverchie digressioni l'esposizione del tema già per se stesso arduo e complesso, con pericolo di sformare (buono o cattivo che sia) l'insieme organico del sistema che ho esposto nella prima edizione e che tuttora conservo, mi propongo di riprodurre quasi inalterati i tre ultimi paragrafi. In un'apposita Appendice chiarirò meglio il mio pensiero di fronte a sopravvenuti nuovi lavori di dottrina e responsi di giurisprudenza. Ad essa particolarmente riservo l'esame delle critiche del VENZI, nonchè delle opinioni del CARBONI, del BONFANTE, del BRINI sulla teorica generale e

(1) Come già nella prima edizione, qui continuerà a servirmi in gran parte di guida il DE CRESCENZIO, *op. cit.* (*Enciclopedia giur. it.*, vol. XII, parte 1ª), pag. 4-88. Quanto a lavori romanistici posteriori alla prima edizione del presente volume, terrò conto particolarmente dei due seguenti: KLINGMÜLLER, *Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten* (Berlin Guttentag 1905), pag. 4-102 e BRINI, *Intorno alle obbligazioni naturali nel Diritto romano privato*, in *Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, serie 1ª, Tomo I, 1906-07 (Bologna Gamberini 1908) pag. 199-251.

degli stessi BONFANTE, BRINI e FRANCESCO FERRARA sul punto particolare del debito di giuoco. Del BRINI esporrò prima la teoria romanistica nel § 1, ma tra le linee di essa e pur figurando di Diritto romano puro lo scritto suo parmi emerga il pensiero del ch. Autore circa la sorte e i limiti odierni dell'obbligazione naturale.

§ 1.

Diritto Romano.

SOMMARIO: 18. Si accenna al dissenso fra romanisti sul fondamento dell'obbligazione naturale. — 18 bis. Cenno sulle teoriche del FRENZEL e del BRINI. — 19. Bipartizione dei casi di vera obbligazione naturale. — Casi in cui si parla di un *natura debere*. — 20. Effetti dell'obbligazione naturale.

18. Dissentono anzitutto i romanisti sul fondamento della obbligazione naturale. Alcuni lo ricercano fuori del *ius civile* e precisamente taluno nel *ius naturale* variamente inteso, altri appoggiandosi sulla l. 84 § 1 D. de reg. iur. 50, 17, nel *ius gentium*. Si verificherebbe cioè anche qui quel dualismo che si riscontra in tanti altri istituti del Diritto romano: alcune obbligazioni del *ius gentium*, munite di azione, sarebbero con ciò entrate nel dominio del *ius civile Romanorum*, altre ne sarebbero rimaste fuori per essersi loro negato codesto presidio dell'azione, e ciò per considerazioni di vario genere. A questi, che possiamo dire rappresentino il vecchio indirizzo, si contrappongono altri romanisti i quali, anzichè costruire il concetto dell'obbligazione naturale su basi così indeterminate e fuori del Diritto positivo, le riconducono nell'orbita del Diritto positivo stesso. Segnaliamo in quest'ordine di idee fra i romanisti stranieri lo SCHWANERT (1) e il BRINZ (2), fra i nostri il FADDA che li segue (3) ed il DE CRESCENZIO (4). Secondo

(1) SCHWANERT, *Die Naturalobligation* (Götting, Bandenhoeck u. Ruprecht 1861), *passim*, ma specialmente § 9, pag. 95 e segg., § 12, pag. 155 e segg.

(2) BRINZ, cit. *Pandekten*, vol. II, parte 1ª, §§ 219 e segg., ma specialmente § 220, pag. 44 e segg.

(3) FADDA, *Intorno ad un preteso effetto delle obbligazioni naturali in Diritto attuale* in *Archivio giuridico*, vol. XXXVI (pag. 195-237), pag. 207.

(4) *Op. cit.*, § 6, n. 20 e segg., pag. 13 e segg.

lo SCHWANERT e il BRINZ *naturalis obligatio* è quella che ha per base una *causa civilis* (contratto, quasi contratto, delitto, quasi delitto), ma per circostanze speciali non ha efficacia civile, talchè l'obbligazione naturale per l'intrinseca sua natura e per gli elementi che la costituiscono non si dispaia dalla civile: tant'è vero che l'*obligatio civilis*, ove perda per qualsiasi causa l'azione, resta come *obligatio naturalis*, del che vedremo esempi in seguito. La scomparsa dell'*actio* non tocca per nulla l'essenza dell'*obligatio* e il cambiamento si riferisce solo alla forma della protezione legale. Ciò prova che *l'obligatio naturalis* ha un carattere perfettamente giuridico: solo le manca la efficacia diretta (1). Il DE CRESCENZIO, mentre rifiuta anche egli di assidere l'obbligazione naturale sulla base incerta del *ius naturale* o del *ius gentium* ed è seguace del sistema, dirò così, *positivo*, lo intende tuttavia sotto un punto di vista affatto diverso. Non si può negare, egli dice, che l'azione è l'organo vitale della *obligatio*: quindi l'obbligazione che vien detta *naturalis tantum* non è che « una parvenza di obbligazione, parvenza che si ravvisa negli elementi esteriori di essa, avente cioè persone, l'oggetto, l'*animus obligandi* delle parti, ma che non è vera obbligazione mancando o nelle persone la capacità, o la forma stabilita per la validità di essa; ovvero, avendone tutti i requisiti, è invalidata per mezzo di un'eccezione, che ne ha tolto l'organo vitale, l'azione (2) ». Se così è, quando la prestazione è adempiuta, non si può che impropriamente parlare di pagamento, perchè questo presuppone l'esistenza di una vera *obligatio*: vi si ha dunque un *puro fatto*, che la legge positiva tiene fermo per ragioni di equità. L'intiero rapporto non è che un fatto, a cui per motivi di equità la legge positiva ha creduto bene di annettere certi effetti; e però le *obligationes naturales tantum* sono vere eccezioni che non possono estendersi da caso a caso (3).

(1) FADDA, loc. cit.

(2) DE CRESCENZIO, *op. cit.*, n. 27, pag. 19.

(3) *Idem*, n. 28, pag. 19-21.

Non è compito mio, ma di chi si occupa *ex professo* del Diritto romano, il sottoporre ad una critica particolareggiata siffatte teorie. Io ho voluto semplicemente enunziarle perchè ad esse si riconnettono quelle che vedremo disputarsi il campo anche in ordine al Diritto vigente.

18bis. Noto tuttavia che ai predetti due indirizzi, che possono considerarsi come fondamentali, e prevalenti, va aggiunto quello del Frenzel. Questo Autore in un breve, ma molto concettoso lavoro, intitolato *Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio — Ein psychologischer Versuch* (Leipzig, Breitkopf u. Härtel 1897) mette innanzi sull'origine e sul carattere dell'*obligatio naturalis* nuove idee molto degne di nota. Egli distingue il concetto tecnico (*Kunstbegriff*) di simile *obligatio* da un concetto dovuto al sentimento comune del dovere (*Gefühlsbegriff*). Da quest'ultimo, che formò in origine il fondamento di quel certo valore attribuito alle obbligazioni contratte dai servi e dai figli di famiglia, sarebbe venuto poi sviluppandosi, per un processo psicologico di associazione d'idee, l'altro concetto tecnico di *obligatio naturalis* in modo inconscio e indistinto, adattando in mancanza d'altro l'espressione stessa *obligatio naturalis* ad altri ben diversi rapporti reclamanti per le nuove esigenze del commercio e della giurisprudenza analogo trattamento. Non si sarebbe avuta dunque nè una base unica per tutte le figure di cosidette obbligazioni naturali, nè la coscienza da parte degli stessi giureconsulti romani di quei due concetti veramente separati e distinti. Su questo lavoro del Frenzel veggasi la interessante nota bibliografica dell'ill. collega Brugi, negli *Atti della R. Accademia di Padova*, anno CCXCIX, 1897-98 (Padova 1898) pag. 79-84 col titolo *Della psicologia come sussidio alla ricerca del Diritto*.

Meritano poi un cenno speciale le idee esposte dal Brini nella citata memoria presentata all'Accademia di Bologna, per quanto (se bene io le ho intese) permettano di ascrivere anche questo illustre romanista al secondo dei sovrindicati indirizzi. Prende egli le mosse (n. 7, pag. 203) «dagli stessi e soli elementi essenziali di ogni obbligazione, i due soggetti, l'attivo e il passivo, l'oggetto, la fonte». Quando in linea di ragione e secondo la natura delle cose tutti e tre questi elementi concorrono, ma uno almeno di essi non ottiene il riconoscimento del Diritto positivo, si hanno *obbligazioni naturali in senso lato*. Esempio, in riguardo alla fonte dell'obbligazione: tutti i

contratti consensuali come tali prima che fossero riconosciuti in Roma: vi restarono sino allora soltanto al grado naturale, figure cioè bensì di già maturate, esistenti nella vita, profondamente distinte dalle semplici obbligazioni morali, ma non meno di queste sprovviste generalmente di sanzione civile; esse in altri termini per quel dato Diritto civile era come non esistessero. Esempio in riguardo ai soggetti: le obbligazioni contratte da schiavi, per natura uguali agli altri uomini, ma spogli di personalità per quanto attiene al *ius civile* (l. 32 D. de reg. iur. 50, 17). Esempio in riguardo all'oggetto: obbligazioni riflettenti cose idonee naturalmente ad essere dedotte in contratto, ma che un determinato ordinamento giuridico positivo ha poste fuor di commercio. Orbene, accade in Diritto romano che obbligazioni della specie ora descritta, non riconosciute cioè in taluno dei predetti tre elementi, vi abbiano tuttavia certi effetti civili. Esse allora, per questo riconoscimento civile, non pieno, ma parziale, di effetti, da obbligazioni naturali in senso lato, passano a costituire la categoria di *obbligazioni naturali specifiche*, che è proprio quella che ci riguarda e che le fonti chiamano *naturales tantum*. Le quali pertanto vanno considerate in contrapposto non soltanto, come usa, alle obbligazioni che sono *appieno civili* e sotto ogni rispetto, per gli elementi e per gli effetti, ma altresì a quelle che, pur non essendo dalla legge riprovate, rimangono allo stadio di naturali in senso lato, per improduttività assoluta di qualsiasi effetto civile (n. 7-20, pag. 204-212). Proseguendo, il Brini sostiene che in Diritto romano di tali obbligazioni naturali specifiche non ve n'ha altre oltre quelle in ragione dei soggetti (obbligazioni dei servi, o dei soggetti alla stessa patria potestà fra loro o coll'avente la patria potestà od obbligazioni assunte da un pupillo a proprio carico senza l'*auctoritas* del tutore), nessuna invece in ragione degli altri due elementi, l'oggetto o la fonte dell'obbligazione (n. 23, pag. 213-214 comb. coi n. 43-47 inclusive, pag. 242-247). Lo che egli cerca di avvalorare con la minuta disamina di una serie di casi raggruppati nel secondo capitolo sotto il titolo «False apparenze di obbligazioni soltanto naturali» (n. 24-40, pag. 214-241), casi nei quali egli ravvisa degli atti obbligatori *appieno civili* e corrispondenti obbligazioni civili, non semplicemente naturali specifiche, per quanto in taluno di essi (come ad es. in certe obbligazioni riprovate) ne siano, entro limiti più o meno angusti, ridotti gli effetti. Con riserva di accennare più innanzi a siffatti casi e in particolare a quelli che il Brini denomina casi di *solutiones costitutive*, resta, per avere completo il suo ordine di idee,

un'ultima osservazione. Ripetutamente il ch. romanista parla di obbligazioni *appieno civili*, le dice altrove (n. 7, pag. 204) civili per eccellenza. Tali egli considera quelle i cui dati (cioè il triplice elemento della fonte, dei subbietti e dell'oggetto) offerti già dalla natura delle cose sono pur tutti riconosciuti dall'ordinamento giuridico positivo, e vi contrappone obbligazioni *meramente civili* dove invece fuori dei dati offerti dalla natura il vincolo è costituito puramente in forza del Diritto positivo (esempio l'obbligazione di pagare che scende da una sentenza ingiusta passata che sia in giudicato (loc. cit.)). E ne segnala persino qualcuna di simili obbligazioni meramente civili, senza azione (n. 41, 42, pag. 242) come nel *pactum de non petendo*, generatore di eccezione e non di azione e in certe obbligazioni concesse a *stipulationes post mortem*. Sarebbe dunque possibile (cfr. pure KLINGMÜLLER, *op. cit.*, pag. 77 e segg.) un raffronto con il vincolo di parentela che è o *naturale e civile* ad un tempo (figli legittimi) o semplicemente *civile* (figli adottivi) o semplicemente *naturale* (figli illegittimi). E per ulteriore analogia si potrebbe forse dire che *l'obbligazione naturale specifica* corrisponde alla filiazione naturale riconosciuta e quella che pel BRINI è naturale *lato sensu* alla non riconosciuta nè riconoscibile.

Avverto finalmente quei giovani studenti che volessero approfondire il tema in Diritto romano, ch'essi non potranno dispensarsi dal consultare la 1ª parte del III volume del *Labeo* di A. PERNICE (Halle, Niemeyer 1892), pag. 253 e segg. Vi è messo fra altro in chiara luce come GIULIANO, ch'è noto avere avuta tanta parte nello svolgimento dell'*obligatio naturalis*, ne abbia assiso il concetto caratteristico sul principio che essa esclude ad un tempo e la *condictio indebiti* e il carattere di donazione nella prestazione effettuata dal debitore naturale.

19. Quanto ai *casi* in cui ammettere queste *obligationes naturales*, si suole dividerli in due categorie, cioè 1°) obbligazioni naturali sin dapprincipio, 2°) obbligazioni civili che diventano naturali *sublata actione:* o si tratta cioè di un rapporto che non potè sorgere col carattere perfetto di obbligazione civile, ovvere di un'obbligazione civile che civilmente si deve considerare estinta, malgrado non ne sia avvenuto l'adempimento, o a cui fu negato per mancanza di prova il riconoscimento in giudizio, quando la si fece valere con la relativa *actio* (1). Nel numero poi dei casi da far rientrare sotto il con-

(1) DE CRESCENZIO, *op. cit.*, n. 37, pag. 33; CHIRONI, *Quistioni di Diritto civile* (Torino, Bocca 1890) pag. 122-123. — Sull'argomento veggasi pure,

cetto di *obligatio naturalis* si rispecchia la discrepanza dei due indirizzi superiormente accennati circa il fondamento dell'istituto, perchè naturalmente troveremo più proclivi ad allargarne la sfera quelli che fondano simili obbligazioni sui concetti non ben definiti del *ius naturale* o del *ius gentium*.

Naturali sino *ab origine* erano le obbligazioni contrattuali dei servi, i quali *civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant* (l. 14 D. de obl. et act., 44, 7). Applicazioni pratiche del riconosciuto vincolo naturale presentano la l. 13 pr. e la l. 64 D. de condict. indeb. 12, 6). Dicasi altrettanto delle obbligazioni contratte tra padre e figli soggetti alla patria potestà, le quali, civilmente invalide attesa l'unità patrimoniale fra loro esistente, tenevano come obbligazioni naturali, e così di quelle contratte tra figli soggetti alla stessa patria potestà. Sono casi discussi i seguenti: se origini *obl. naturalis* dal contratto che il pupillo stipuli senza l'autorità del tutore, ovvero dai *nuda pacta*. Quasi nessuno invece dubita che la si abbia nel caso di mutuo contratto dal figlio di famiglia, dove il mutuante può tuttavia essere respinto in giudizio coll'*exceptio senatuscons. macedoniani* (1). Appartengono al secondo gruppo le obbligazioni naturali, che, secondo l'opinione di taluni, sopravvivono alla prescrizione di un'azione civile od alla ingiusta assoluzione del convenuto ed alla cessazione della *obligatio civilis* per *capitis deminutio* incorsa dal debitore.

Accanto poi alle vere obbligazioni naturali si suol collocare come casi affatto distinti (detti da taluno obbligazioni naturali improprie) certi doveri derivati da rapporti personali d'indole morale a cui la legge attribuisce qualche effetto. Quivi manca la vera *obl. naturalis,* perchè simili doveri non si presentano quali conseguenze di un rapporto che abbia tutta la struttura e la fisonomia di un'obbligazione, ma quali effetti

---

fra i nostri, MOSCATO, *Le obbligazioni naturali nel Diritto romano e nel Diritto moderno* (Torino, Bocca 1897), Cap. I, § 3, pag. 19 e segg.

(1) Non mi consta infatti che altri all'infuori del BRINI, *loc. cit.*, n. 40, pag. 241, recisamente contesti ricorrere qui un caso di *obligatio naturalis tantum*. Pel BRINI si tratterebbe di obbligazione appieno civile, ma con effetti limitati per quel certo grado di riprovazione in cui la tiene la legge. Cfr. tuttavia anche BARASSI, *Teoria della ratifica del contratto annullabile* (Milano, Hoepli 1898), n. 28, pag. 54-58, meno reciso poi che almeno nel caso che già siasi fatta valere la *exceptio*, ammette sia giusto parlare di sopravvivenza di una vera e propria *obl. naturalis*.

della morale dipendenza di una persona verso un'altra, o per rapporti di famiglia, o in generale per un sentimento di pietà o di riconoscenza. Tali gli esempi della donna che, ritenendovisi obbligata, dà taluni beni in dote, nè li può *pietatis causa* ripetere (l. 32 § 2 D. de cond. indeb. 12, 6) o del liberto che presta opere non promesse al patrono (l. 26 § 12 D. eod.). Fu avvertito che in questi casi le fonti parlano non tanto di una *naturalis obligatio,* ma piuttosto di un *natura debere.* Ed essi sono ben lungi dal produrre tutti gli effetti della vera *obligatio naturalis.* Ai quali effetti finalmente consacriamo breve discorso.

20. L'effetto fondamentale della *nat. obligatio* è la *soluti retentio:* chiedere la prestazione il creditore non può, ma tuttavia di restituirla non ha obbligo se sia stata dal debitore adempiuta. E ciò, badisi bene, sia che il debitore abbia pagato con conoscenza di causa, in altre parole sapendo di non potervi essere giudizialmente astretto, sia che per errore. Orbene, è questo solo della irrepetibilità del pagamento l'effetto di quegli *officia reverentiae* o *pietatis,* che testè vedemmo appellarsi da taluno obbligazioni naturali improprie. Nelle vere *obl. naturales* si aveano altri effetti. La compensazione e la novazione (che verranno a suo luogo studiate) sono altri due modi di estinzione delle obbligazioni in generale, che, al pari del pagamento, operavano il loro effetto in Diritto romano pur trattandosi di *obligatio naturalis tantum.* La quale inoltre era suscettibile di garanzia mediante negozî giuridici accessorî, quali la fideiussione, il *constitutum* (patto pretorio, onde taluno promette ad un creditore l'esecuzione di un debito già esistente), la costituzione di un pegno o di un'ipoteca. Riguardo alle quali ultime garanzie reali, e non semplicemente personali, ferve tra' romanisti la disputa circa il loro effetto inquanto si accompagnino ad un'*obligatio naturalis,* quali sostenendo esperibile *l'actio hypothecaria* per ottenere il pagamento mediante la cosa soggetta alla garanzia, quali invece che ne derivasse soltanto un diritto di ritenzione della cosa stessa, non anche quello di venderla per pagarsi col prezzo ritrattone, sia perchè

ciò si risolverebbe nel dare all'*obl. naturalis* quella diretta virtù coercitiva dell'*actio* ch'essa non deve avere, sia perchè, ove *l'actio hypothecaria* o *pignoraticia* si diriga contro un terzo possessore, il quale ad evitare molestie paghi il debito, non potrebbe poi egli ottenere di venir surrogato nell'azione del creditor soddisfatto, azione che, per trattarsi di *obl. naturalis*, non esiste. Altra questione che si dibatte fra romanisti è se sia o no cedibile un'obbligazione naturale. Comunque, a me è bastato di rilevare come anche in ordine agli effetti qualche divario di opinioni si incontri fra i romanisti, concordi però nella massima di ammetterne altri in aggiunta a quello della *soluti retentio* (1).

§ 2.

Diritto attuale. Se siano oggidì ammissibili obbligazioni naturali.

SOMMARIO: 21. Opinione che nega l'odierna esistenza di obbligazioni naturali. — 22. Sua confutazione.

21. Era sperabile che il legislatore nostro, edotto delle questioni che pur fra' cultori del Diritto romano si agitano intorno a questa figura giuridica, mostrasse chiaramente la sua volontà intorno ad essa. Poteva tacerne affatto se non la voleva più accogliere (2); se invece voleva accoglierla, doveva disciplinarla in modo da togliere l'adito a dubbiezze (3). Invece non si è fatta nè l'una cosa nè l'altra. Sta nel nostro Codice un

(1) Utilmente si consulterà per la storia dell'istituto nel Diritto comune fino ai Codici prussiano, francese e germanico attuale KLINGMÜLLER, *Op. cit.*, pag. 102-250.

(2) Così ha fatto il *Codice civile spagnuolo* del 14 luglio 1889, abbandonando la tripartizione delle obbligazioni in naturali, civili e miste risultante dalle leggi 5 titolo 12 e 56 titolo 5 della *Partida. V^a^*, ond'era prima regolata in generale la materia delle obbligazioni in Ispagna. Su di che cfr. LEHR, *Éléments de Droit civil espagnol*, I (Paris, Larose-Forcel 1880), pag. 345 e II (Paris, Larose-Forcel 1890), pag. 225.

(3) Così hanno fatto alcuni Codici del Sud-America, consacrando alle obbligazioni naturali un apposito titolo, che ne precisa il concetto, i casi, gli effetti. Esempio il Codice *chileno* del 1855 (art. 1470-1472) e quello della *Republica oriental del Uruguay* (art. 1402-1407).

unico articolo nel quale si parli di obbligazioni naturali, l'art. 1237, ma se ne parla in modo così generico, che le questioni, lungi dall'essere diminuite in confronto a quelle agitate dai romanisti, si son fatte fra noi anche più vive, essendoci perfino chi nega, ad onta dell'art. 1237, che oggidì più sussistano obbligazioni naturali.

Ma riferiamo anzitutto questo articolo. Esso è posto nella Sezione che tratta *del pagamento,* e dice: « Ogni pagamento presuppone un debito: ciò ch'è pagato senza essere dovuto è ripetibile. — La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte ». A questo articolo corrisponde perfettamente il 1235 del Codice francese. Fra gli autori nostri, che negano cionullostante l'esistenza di obbligazioni naturali, vanno segnalati il GABBA, il FADDA, il RICCI ed il GIORGI.

Il GABBA scrive, a proposito dell'art. 1237, che non vi si ha che « una reminiscenza del Diritto romano, inconsideratamente introdotta nel Diritto moderno, in cui non ha nè può avere significato nè fondamento di sorta ». E ciò perchè « nel Diritto romano aveva base nella distinzione e contrapposizione del Diritto naturale e del civile, e precisamente nella distinzione dottrinale che i giureconsulti romani facevano fra l'un Diritto e l'altro, dicendosi nella l. 6 D. de iust. et iure che il secondo si forma aggiungendo alcune cose al primo e togliendone altre. Ma ai giorni nostri il Diritto civile afferma non aver altra fonte che la ragione e la natura delle cose, e quindi il Diritto naturale e il civile si confondono, nè al di là del Diritto civile concepito in tal maniera si può ammettere l'esistenza di un Diritto naturale nè più rigoroso nè più indulgente di quello. Come si può adunque distinguere la obbligazione naturale dalla civile, per affermare l'esistenza di un'obbligazione della prima specie in chi è prosciolto da ogni obbligo civile? » (1).

(1) GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi,* vol. IV (2ª ediz. Torino, Unione 1889), pag. 11-12.

E il FADDA: « Dato che la *naturalis obligatio* [del Diritto romano] si fonda sopra una causa civile, ha essenza identica a quella della *obligatio civilis*, ma non ha *l'actio* [ch'è la teoria dello SCHWANERT e del BRINZ, da lui adottata, v. s. n. 18, pag. 95-96] noi, di fronte al Diritto moderno, che del diritto e dell'azione non fa due cose a sè, ma indissolubilmente le congiunge, dobbiamo concludere che casi di vera *obbligatio naturalis* più non esistono e che l'obbligazione naturale del nostro Codice è fuori del campo giuridico » (1).

Il RICCI pure nega questo *quid medium* fra obbligazioni civili e puri obblighi di coscienza, che, se aveva ragione presso i Romani per temperare il rigore del Diritto, il quale esigeva le forme solenni della stipulazione, e come una breccia che l'equità apriva in un edificio da cui il sentimento esulava, non ne ha più nel Diritto moderno, fondato non sulla ragione soltanto, ma altresì sull'equità, la quale anzi vi esercita il massimo predominio (2).

Per analoghe considerazioni conclude all'inesistenza di questa figura speciale di obbligazioni in Diritto nostro il GIORGI, che è l'autore il quale ha più approfondito questo tema (3).

E allora, se questa figura giuridica è un arnese fuori d'uso, un organo atrofizzato, quale significato si dovrà dare all'espressione obbligazioni naturali che pur si legge nel citato art. 1237? Su ciò soffermandosi più degli altri, il GIORGI ritiene che ivi l'espressione *obbligazioni naturali* equivalga a *doveri morali* o di coscienza (4). Il legislatore non può imporre l'adem-

(1) FADDA, *op. cit.*, pag. 211.

(2) RICCI, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, vol. VI (2ª ediz., Torino, Unione 1886), n. 3, pag. 5. — Lo stesso, *Indole e fonti delle obbligazioni* (Torino, Unione 1892), n. 4, pag. 9-11.

(3) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. I (7ª ediz., Firenze, Cammelli 1907), n. 35 e segg. pag. 36-95, e in una lunga nota a sentenza 24 febbraio 1891 della Corte di Cassazione di Roma in *Foro it.*, anno XVI, parte I, col. 413 e segg.

(4) Nell'ultima edizione, che è quella citata nella nota che precede, il GIORGI ha aggiunta la seguente specificazione: obbligazioni morali o di coscienza *dotate di carattere patrimoniale* (n. 54, pag. 65) e ciò per eliminare ogni equivoco, ben-

pimento di doveri simili, ma non può d'altra parte prestare il suo braccio a chi volesse commettere questa grave immoralità, questa vera turpitudine, di domandare di ritorno ciò che ha dato in esecuzione di essi. E come poi questa turpitudine la si avrebbe ugualmente sia che chi ha adempiuto l'obbligo morale lo abbia fatto sapendo di non esservi civilmente astretto, sia perchè versava nella falsa opinione di potervi essere obbligato anche in via giudiziale, così in nessuno di questi due casi sarà ammessa la ripetizione. E però quando l'art. 1237 parla di obbligazioni naturali *volontariamente* soddisfatte, non va preso quell'avverbio nel senso di *scientemente*, con che si darebbe luogo allo scandalo che si potesse ripetere ciò che si è dato a soddisfacimento di un obbligo di coscienza assumendo di provare che lo si è dato nell'erronea credenza che si trattasse di un'obbligazione civile, ma bensì come sinonimo di *spontaneamente, non coattivamente,* cioè senza che la volontà sia stata viziata da violenza o da dolo. Finalmente, postochè ciò che ad altri si dà *nullo iuro cogente* è atto di liberalità, così come tale e quindi irretrattabile dovrà considerarsi una prestazione fatta per adempiere simili doveri di coscienza, sinonimi pel GIORGI di obbligazioni naturali. Ed ha, io mi domando, importanza pratica questo qualificare tali prestazioni come donazioni piuttostochè come pagamenti di obbligazioni aventi vero e proprio carattere giuridico? Poichè siamo d'accordo sulla irrepetibilità di ciò che si è dato, a che serve, potrà dire taluno, a che serve il distinguere ulteriormente? Rispondo che la distinzione ha importanza grandissima nei riguardi sia della forma sia della sostanza. Quanto alla forma, per l'art. 1056 gli atti di donazione devono essere fatti sotto pena di nullità per atto pubblico, regola che da taluno è intesa così rigidamente da ritenere nulle, o almeno non valide oltre un certo modico importo, le donazioni manuali, fatte cioè

chè per verità, egli soggiunge, « l'avere attribuito a siffatte obbligazioni naturali la *soluti retentio* avrebbe potuto bastare al nostro intento, perchè non si possono concepire *pagamenti* e *ritenzione* nelle obbligazioni, che non sono patrimoniali ».

brevi manu, con la consegna di cose mobili per natura o titoli al portatore (io però tengo valide simili donazioni, cosa che non è qui il luogo di dimostrare per non innestare una discussione nell'altra). Ad ogni modo siamo tutti d'accordo che l'atto pubblico è indispensabile per la validità di donazioni che abbiano oggetto di natura diversa, p. e. un fondo. Orbene, la dazione del fondo sarà valida senza atto scritto se la qualifichiamo adempimento di obbligazione, *alias* se donazione. Quanto alla sostanza, si pensi alle speciali cause di revoca (art. 1081, 1083), alla riducibilità delle donazioni per lesa legittima (art. 1091 e segg.), all'obbligo di conferirle incombente ai discendenti che le abbiano ricevute dal comune autore quando vengono con altri discendenti alla successione (art. 1001), si pensi finalmente al diverso trattamento che hanno gli atti gratuiti in confronto degli onerosi dinanzi all'azione pauliana (art. 1235), quelli revocandosi anche se il donatario era di buona fede, questi solo se l'acquirente era *particeps fraudis*: e si vedrà, dopo ciò, quanta sia l'importanza dell'ammettere nei casi che ci occupano la irretrattabilità di quanto si è dato pel motivo che trattisi di donazioni (nelle quali è regola appunto la non revocabilità ad arbitrio del donante) o non piuttosto perchè siamo in cospetto di vero e proprio pagamento di una obbligazione giuridica.

22. Con tutto l'ossequio dovuto ad autori di tanto peso, come quelli indicati nel numero che precede, io non credo accettabile siffatta teorica. Non si deve ammettere con tanta facilità che il legislatore dica cose inutili, accenni ad istituti che in realtà non esistono, oppure adoperi per significare un dato concetto espressioni proprie di un concetto diverso. Ora la opinione da noi combattuta, inquanto afferma, come fa il GABBA, che le parole obbligazioni naturali dell'art. 1237 capov. non sono che una stanca reminiscenza del Diritto romano, fa cadere il legislatore nel primo gravissimo difetto, e inquanto interpreta quelle parole come sinonime di doveri morali o di coscienza viene ad imputargli l'altro difetto non meno grave. Come ammettere infatti che il legislatore francese e l'italiano,

che si trovavano dinanzi alla tripartizione romana chiara ed esplicita delle obbligazioni civili, delle obbligazioni naturali e dei doveri morali, abbiano usata l'espressione obbiigazioni naturali se volevano alludere con essa ai doveri morali? Non si va contro così alla norma di ermeneutica posta nell'art. 3 delle Disposizioni preliminari del Codice, secondo cui « nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal *proprio significato delle parole*, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore »? Era tanto facile, se non si voleva saperne più di obbligazioni naturali nel senso romano, per affermare semplicemente la irrepetibilità di ciò che si è dato per soddisfare doveri morali, il fare di questi esplicita menzione. Così dei doveri morali apertamente è fatto cenno, per negare la ripetizione di ciò che si è prestato, nel *Codice federale svizzero delle obbligazioni* e nel *germanico* (1).

L'obbligo dunque dell'interprete, dacchè la legge, sia pure in modo generico, ha accolta la tradizionale espressione « *obbligazioni naturali* », non consiste già nel contestarne tuttavia l'esistenza, ma nel cercare quali caratteri possa avere in oggi siffatta figura di obbligazioni, a quali effetti, dato l'intero nostro sistema legislativo, se ne possa ridurre oramai la sfera d'azione, se nel Codice qualche caso ne ricorra, quali altri casi se ne possano eventualmente ammettere, e tuttociò *anche se vero fosse* che oggimai simile istituto non ha più ragion d'essere, perchè ciò potrebbe valere soltanto per propugnarne *de lege ferenda* l'abolizione.

Senonchè non è poi neanche vera del tutto quest'asserzione avversaria dell'odierna inutilità dell'obbligazione naturale, anzi della sua incompatibilità con lo spirito dell'attuale

(1) *Cod. svizzero delle obbligazioni del 1911*, art. 63 1° capov., identico all'art. 72 capov. del precedente del 1881 : « Non si può ripetere ciò che fu dato in pagamento d'un debito prescritto o per adempiere ad un *dovere morale* ». Parimenti il § 814 del *Codice civile germanico* nega la ripetizione « wenn die Leistung einer *sittlichen Pflicht* oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach ». Non è tuttavia escluso, come si dirà in seguito, che queste legislazioni ammettano inoltre obbligazioni naturali.

legislazione. Dicono che l'azione non è più in oggi un *quid* staccato e distinto dal diritto, com'era in Diritto romano, sicchè torni vano il discorrere di vincolo giuridico dove l'azione difetta. Rispondo che ciò che vi ha di vero in tutto questo si è che, per la separazione dei due concetti del diritto e dell'azione, intanto un diritto era nel sistema romano munito di azione inquanto quest'azione gli fosse stata connessa, accordata espressamente: onde la storia dei progressi del Diritto romano, dovuti in tanta parte all'opera del pretore, è una sequela di concessioni di azione, in base a criterî sempre più larghi, a rapporti giuridici che prima ne difettavano. Oggi invece la regola è diventata l'inversa, che cioè ad ogni diritto si debba ritenere connaturale l'azione, considerata nient'altro che come il diritto stesso esercitato in giudizio, ma non è detto per questo che un rapporto giuridico cessi d'esistere come tale perchè la legge lo priva di questa esperibilità in giudizio. Dei mezzi di protezione, certamente più languidi, potranno restargliene ancora, e fra questi capitale l'eccezione della *soluti retentio*.

Ed ecco verificarsi qui l'importanza di talune osservazioni esposte nei n. 16 bis e segg. (pag. 73 e segg.) sul concetto del vincolo obbligatorio. Naturalmente meno proclivi ad accogliere una figura di obbligazione che rimane giuridica (*vinculum iuris*), pur difettandole il presidio dell'azione, hanno da essere coloro che impostano addirittura il concetto di obbligazione sul momento esecutivo, quel momento che noi invece abbiamo qualificato come una seconda fase meramente eventuale. Una relazione fra più persone, un rapporto della vita reale, come suol dirsi, assurge pur sempre a dignità di rapporto giuridico quando vi siano annessi, in più o meno larga misura, degli effetti legali. Facciamo qui veramente tesoro della distinzione fra *debitum* (*Schuld*) e *obligatio* (*Haftung*) di cui si è discorso nel n. 16 *quater*. Certamente noi non ci siamo dimostrati troppo entusiasti di codesta distinzione inquanto la si creda oggigiorno feconda di *pratici* effetti. Ma qui è il caso di opportunamente rievocarla perchè, col lume della storia giuridica, attesta non essere poi quella eresia che altri mostra di credere il parlare di un *debito giuridico* che pur non importa *rispondenza patrimoniale*. Sarà bensì uno stato di cose anormale, ecce-

zionale essendo invece regola oggidì la fusione dei due elementi (1). Però non equivochiamo. Credere di superare le secolari difficoltà del nostro tema con la predetta distinzione, come mostra il PACCHIONI (2) è una illusione, rimanendo sempre a risolvere i seguenti punti capitali: perchè e in quali casi e con quale latitudine di effetti s'incontri anche oggigiorno quel *debitum* senza *obligatio* che l'obbligazione naturale presenta (3).

Ci incalzano d'altra parte gli avversarî col dire cessato oramai quel dualismo fra rigido Diritto civile da un lato ed equità o Diritto naturale dall'altro, ch'era proprio del sistema romano ed al quale, assieme a tante altre creazioni, rispondeva questa delle obbligazioni naturali contrapposte alle civili. Rispondo che, se ciò è vero in massima, non condurrà tuttavia a negare l'esistenza attuale di obbligazioni naturali, potendo darsi che, per ciò appunto che il legislatore odierno nel dettare le sue norme tiene calcolo egli stesso dell'equità e del Diritto naturale, dalle esigenze loro sia stato tratto in qualche caso ad elevare di un gradino, trasportandoli nella sfera giuridica, sia pure come semplici obbligazioni naturali, dei rapporti che sarebbero rimasti altrimenti nel puro dominio dell'etica, ovvero ad abbassarli di un gradino riducendo allo stato di semplici obbligazioni naturali, col togliere l'azione, taluni rapporti che altrimenti si sarebbero dovuti considerare come vere e proprie obbligazioni civili. Del quale ultimo procedimento porge l'esempio il nostro Codice, d'accordo anche qui col francese, a proposito dei debiti derivanti dal contratto di giuoco o di scommessa (art. 1802-1804, conf. agli art. 1965-1967 del Codice francese). Ma una cosa ancora io credo ci sia

(1) Non dunque fuor di proposito il BRINZ, cit. *Pandekten*, vol. II, parte I, pag. 40, 41 qualifica le obbligazioni naturali meglio che «*eine Art, eine Abart der Obligationen*».

(2) PACCHIONI, *Concetto dell'obblig. naturale*, nota a sent. della Cass. di Torino 9 maggio 1911 in *Riv. di Dir. commerc.*, X, (1912), parte II, pag. 400 e segg.

(3) Conf. CARNELUTTI, *Questioni in tema di obbligazione naturale e di pagamento*, nota a Sent. della Corte d'Appello di Venezia 27 maggio 1912, nella stessa *Rivista*, X, (1912), pag. 694.

da obbiettare a chi afferma non esserci oramai più posto per l'obbligazione naturale in una legislazione, tutta già assisa sulle basi del Diritto naturale e dell'equità. Ed è che il Diritto è in continua formazione, onde non può escludersi che nella immensa e sempre crescente varietà dei giuridici negozî spuntino nuovi conflitti, forse dal legislatore nemmeno sognati, fra i due principî dello stretto Diritto e dell'equità, a risolvere i quali soccorra questa figura dell'obbligazione naturale accennata in termini generici dal nostro legislatore nel più volte ricordato art. 1237 (1).

A riconvincere che l'obbligazione naturale non è poi nella vita odierna quell'arnese fuori d'uso che si sostiene *ex adverso*, mi pare non privo d'importanza il seguente riflesso. Vi hanno legislazioni che deliberatamente hanno omesso di far parola di obbligazioni naturali: cito fra i più recenti il *Codice svizzero delle obbligazioni* e il *germanico*. Pure la dottrina ha dovuto riconoscere che, se vi manca il nome, non vi manca la cosa, e, segnalando in quei Codici dei casi in cui è negata l'azione ed ammessa la *soluti retentio* pure all'infuori dei doveri morali (o di ragioni di convenienza giusta il citato § 814 del Codice germanico), è costretta appunto a ricondurli sotto il tipo dell'obbligazione naturale. Veggansi, p. es., un'apposita monografia del MEYER (2) ed il commento dei sigg. SCHNEIDER e FICK in ordine al citato Codice federale svizzero delle obbligazioni del 1881 (3), il recentissimo commento del ROSSEL in ordine allo stesso Codice nella sua revisione del 1911 (4), lo STAMMLER (5), il KLINGMÜLLER (6)

(1) Cfr. la memoria da me inserita nel *Monitore dei Tribunali* del 1890 (pag. 813-817), *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali, a proposito di uno scritto del prof. Simoncelli*, pag. 815.

(2) EUG. MEYER, *Der römisch-rechtliche Begriff der Naturalobligation im schweizerischen Obligationenrecht* (Zürich, Lohbauer, 1892), specialmente a pag. 99 e segg.

(3) SCHNEIDER U. FICK, *Das schweizer. Obligationenrecht*, vol. II (2 Aufl. Zürich, Schultess, 1897) sull'art. 514, n. 1, pag. 700.

(4) ROSSEL, *Manuel de Droit civil suisse*, T. III *Code (revisé) des obligations* (Lausanne, Payot, 1912), pag. 103 e pag. 565, che qualifica, non foss'altro, come obbligazione naturale quella che sopravvive alla prescrizione e quella derivante da giuoco e scommessa.

(5) STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren* (Berlin, Guttentag, 1897), n. 6, pag. 26-30.

(6) KLINGMÜLLER, *op. cit.*, §§ 17, 18, pag. 209 e segg.

l'Oertmann (1) e i moltissimi da questi due ultimi citati, per ciò che riguarda il vigente Diritto germanico.

Taccio poi del frequente e persino abusato ricorso che fa la patria nostra giurisprudenza a codesta tanto disputata figura della obbligazione naturale, pur sotto concezioni disparate e in casi altresì disparatissimi. Eloquente riprova, mi pare, della persistente sua vitalità.

§ 3.

Caratteri ed effetti dell'odierna obbligazione naturale.

Sommario: 23. Teorie che cercano il fondamento delle obbligazioni naturali fuori del Diritto positivo — 24. Teorie opposte — 25. Mia opinione sul fondamento e sui caratteri dell'odierna obbligazione naturale — 26. Effetti dell'obbligazione naturale nel Diritto nostro: 1°) La *soluti retentio*: significato dell'avverbio *volontariamente* nell'art. 1237 del Codice — 27. 2°) Se e quali altri effetti possano ammettersi oltre alla *soluti retentio*.

23. Accertata l'esistenza dell'obbligazione naturale nel Diritto vigente, sorge il secondo quesito, quali cioè ne siano i tratti caratteristici, in altre parole quando si possa dire che si ha un'obbligazione di tal natura e quali ne siano gli effetti. Diciamo prima del concetto e fondamento dell'obbligazione naturale, passeremo quindi a studiarne gli effetti.

Anche nel Diritto moderno compare quella duplice corrente di idee che si è riscontrata fra romanisti (v. s. n. 18, pag. 95 e segg.). Vi ha cioè, per dirla col De Crescenzio (2), il sistema che cerca il fondamento dell'obbligazione naturale fuori dell'ordine del Diritto positivo, e precisamente o nel campo della morale o della coscienza, o in quello del *ius naturale* o filosofico, o nella *aequitas*, o nel *ius gentium*, e l'altro sistema che lo ripone nello stesso Diritto positivo, inquanto l'obbligazione naturale nella sua essenza non è altro che un'obbligazione civile mancante di azione.

Nel primo gruppo è diffusissima l'opinione di quelli che

(1) Oertmann, cit., *Kommentar*, pag. 7.

(2) De Crescenzio, *op. cit.*, n. 83, pag. 89. Da quest'opera traggo anche in questa parte largo profitto.

cercano il fondamento predetto nel fôro interno della coscienza. E ciò che la rende molto accreditata è il fatto che la si fa risalire al POTHIER, l'ispiratore del Codice francese, per quanto non inteso completamente a dovere, ed ai lavori preparatorî del Codice stesso, come vedremo fra poco. Intanto mi preme di rilevare che questo sistema, per cui tanto si allarga il dominio dell'obbligazione naturale da invadere il campo della morale, non è, benchè sembri a prima vista, un tutt'uno con quello del GIORGI; anzi quest'ultimo rappresenta una reazione contro di esso. Il GIORGI infatti, col negare del tutto l'esistenza di un *ens tertium* fra doveri morali e obbligazioni civili, dice che quelle che il Codice chiama obbligazioni naturali sono nè più nè meno che doveri morali, il cui adempimento pertanto costituisce donazione. Gli autori invece di cui andiamo ad esporre il pensiero, tengono ferma l'esistenza di questo *ens tertium,* sia pure che penetrino nel dominio della coscienza per desumerne i tratti caratteristici, e conseguentemente reputano atto oneroso, e non gratuito, il soddisfacimento di siffatte obbligazioni.

Dissi che quest'opinione si fa risalire al POTHIER. Traduco ciò ch'egli scrive in proposito nel *Trattato delle obbligazioni:* « Si hanno anche obbligazioni, che sono semplicemente naturali, senza essere obbligazioni civili. Queste obbligazioni nel fôro dell'onore e della coscienza vincolano chi le ha contratte ad adempierle, ma la legge civile rifiuta l'azione a colui verso il quale sono state contratte » (1). Distingue poi queste dalle obbligazioni imperfette, di cui non siamo responsabili che verso Dio e delle quali nemmeno nel fôro interno si ha diritto ad esigere l'adempimento, es. i doveri di carità o di beneficenza a titolo di gratitudine, mentre delle naturali reca pure degli esempi, fra cui quello dell'obbligazione naturale che sopravvive alla prescrizione fatta valere (2). Quanto poi all'essenza

---

(1) POTHIER, *Traité des obligations* nella Raccolta dei suoi *Traités du Droit français,* T. I (Bruxelles, Jonker, 1826), n. 175, pag. 47.

(2) *Idem,* n. 1, pag. 1 e n. 197, pag. 51-52.

dell'obbligazione naturale, mancando la coercizione al pagamento (*necessitas alicuius solvendae rei*), nega che sia un *vinculum iuris* e lo chiama *pudoris et aequitatis vinculum* (1). Sulla medesima via stanno i lavori preparatorî del Codice francese (veggasi specialmente la Relazione del JAUBERT al Tribunato): ma essi ben più del POTHIER, che nettamente distingueva, vedemmo, quelle due categorie, si prestano alla confusione delle obbligazioni naturali con i doveri morali (2). Confusione che si può dire completa in taluni scrittori, pure autorevoli, che illustrarono questa parte del Codice francese. Così il LAROMBIÈRE tra le fonti delle obbligazioni naturali pone la coscienza, i sentimenti di delicatezza, di onore, di gratitudine, di beneficenza, i vincoli di sangue, la pietà filiale, la fede alla parola data (3). A questa scuola va ascritto fra i nostri il BORSARI inquanto scrive: «la obbligazione naturale non è altro che la coscienza di un dovere morale, e la scienza che questo dovere morale non ci obbliga civilmente. Pertanto i nostri fatti volontari che sono in armonia con quel sentimento dell'animo, ricevono talvolta la sanzione della legge e diventano obbligatori» (4). Ora siffatta scuola pecca di indeterminatezza,

(1) *Idem*, n. 175, pag. 47.

(2) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII (Paris, Videcoq, 1836), pag. 264 e 340.

(3) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, T. IV (2 édit., Paris, Pedone-Lauriel, 1885), sull'art. 1235, n. 6, pag. 62, dove alla domanda quali sieno i doveri che possono costituire obbligazioni di questa specie risponde: Tels sont, par exemple, les devoirs indiqués par la conscience, par la loi de la délicatesse et de l'honneur, ou imposés par les liens du sang, par la piété filiale, par la foi due à la parole donnée, par les sentiments de gratitude et de bienfaisance. *Ce ne sont sans doute que des devoirs moraux . . . Mais ces devoirs ne nous paraissent pas moins constituer également des obligations naturelles*, dont l' intensité peut varier suivant les circonstances, mais qui produisent néanmoins, par leur exécution volontaire, des effets civils». Per la verità deve aggiungersi che questo Autore prosegue ricercando altresì dei casi in cui l'obbligazione naturale trae origine puramente dal Diritto positivo, dove più largo, dove più esigente del puro Diritto filosofico.

(4) BORSARI, *Comment. del Cod. civ. ital.*, vol. III, parte II (Torino, Unione, 1877), sull'art. 1097, § 2272, pag. 163.

non distingue come si deve il campo del Diritto da quello della Morale, ed allargando infinitamente il novero delle obbligazioni naturali rende frustranei molti provvedimenti dati dal legislatore nell' interesse della famiglia e dei creditori. Infatti, essendo che quando uno dà ad altri qualcosa *nullo iure cogente*, lo fa sempre, se non è un pazzo, per un qualche movente desunto almeno dai sentimenti sopradetti, e tanto basterebbe per la dottrina in esame a far qualificare l'atto, pagamento di obbligazione anzichè donazione, cadrebbero nel vuoto o quasi le norme già ricordate della riducibilità a favore dei legittimarî lesi, della revocabilità con l'azione pauliana in base al solo *animus fraudandi* del debitore, e simili. Sotto la nostra legislazione abbiamo per di più un testo di legge mancante nella francese, il quale sta decisamente contro la predetta teoria. È l'art. 1051, così concepito: « È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per ispeciale rimunerazione ». Eppure entrerebbero questi sentimenti tra le fonti delle obbligazioni naturali con tanta larghezza indicate dal LAROMBIÈRE.

L'indeterminatezza è pure il vizio di quei sistemi che, o trasportando al Diritto moderno un concetto tutto proprio del Diritto romano, il concetto del *ius gentium*, definiscono come obbligazione naturale quella che deriva dal Diritto positivo ammesso presso i diversi popoli e che costituisce una obbligazione civile imperfetta (1), o che in generale dal Diritto naturale o filosofico la derivano, come fa p. e. lo ZACHARIAE (2), autore a cui va però riconosciuto il merito di aver fornito un criterio utilizzato, come vedremo, nel secondo gruppo di sistemi, al quale ora passiamo.

24. Contrassegna questo secondo gruppo il fatto di cercare il fondamento dell'obbligazione naturale nello stesso Di-

---

(1) MASSOL, *De l'obligation naturelle*, etc. (2e édit., Paris Durand 1862) pag. 218, comb. colla pag. 6.

(2) ZACHARIAE, *Cours de Droit civil français* (2e édit., Bruxelles, Meline-Cans 1850) T. I, § 297, pag. 340.

ritto positivo. E qui mi limiterò, per non affastellare con poca utilità teorie e nomi di autori, al sistema del LAURENT (1) ed alle modificazioni che vi ha apportato fra noi, per accettandolo sostanzialmente, il DE CRESCENZIO (2), seguito in fondo dal SIMONCELLI (3).

Dopo di aver dimostrato come l'obbligazione naturale differisca per la sua essenza dal dovere morale, il LAURENT continua col dire che invece nel fondo essa è identica alla obbligazione civile, dalla quale differisce in un unico punto, cioè per la carenza d'azione. Dal momento che la legge stessa (Art. 1235 Cod. fr., 1237 del nostro) la chiama obbligazione, deve pur averne gli elementi, cioè un vincolo di diritto fra un debitore ed un creditore ed una cosa dovuta. Se la legge non le avesse tolto il presidio dell'azione, per sua natura sarebbe coercibile, il che la differenzia dai doveri morali. Quest'elemento della virtuale coercibilità è quello che già lo ZACHARIAE (4) avea posto in rilievo, e però il LAURENT accetta in sostanza la definizione dello ZACHARIAE stesso (meglio formulata dagli annotatori di lui, i Sigg. AUBRY e RAU (5), dicendo che le obbligazioni naturali sono doveri giuridiei di loro natura, suscettibili come tali di esecuzione forzata, ma che il legislatore rifiuta di riconoscere col non dare azione al creditore (6). La differenza in confronto dello ZACHARIAE, il cui sistema non abbiamo potuto collocare in questo gruppo, risiede in questo, che lo ZACHARIAE dichiara rimesso all'apprezzamento del giudice, il quale deve per ciò ricorrere ai principî del Diritto filosofico, il determinare quando ricorra un'obbligazione naturale, dacchè, egli dice, non tutte le obbli-

---

(1) LAURENT, *Principes*, T. XVII (1875), ni 1 e segg., pag. 5 e segg.

(2) DE CRESCENZIO, *op. cit.*, ni 86 e segg., pag. 101 e segg.

(3) SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del Diritto civile* (Camerino, Savini 1890), pag. 24-36.

(4) *Loc. cit.*

(5) AUBRY e RAU, *Cours de Droit civil français d'après la methode de Zachariae*, T. IV (4e édit., Paris, Marchal Billard 1871), § 297, pag. 4.

(6) LAURENT, *op.* e *vol. cit.*, n. 6, pag. 14.

gazioni naturali sono state enumerate dalla legislazione positiva. Il LAURENT invece, illustrando il dato concetto, dice: due condizioni sono dunque richieste perchè ci sia una obbligazione naturale: 1) un legame *giuridico* esistente fra due persone — 2) che questo legame non sia riconosciuto dalla legge. Il difficile è fissare il primo carattere per cui la si distingue dal dovere puramente morale: orbene, questo è fornito dal criterio della virtuale coercibilità; data la quale, ci vuole un *testo esplicito formale di legge che neghi l'azione* al creditore. Il testo della legge dunque ci viene in aiuto in questa difficile materia. Quando il legislatore rifiuta ad un'obbligazione l'azione, per motivi suoi particolari che varieranno da caso a caso, se ne può concludere che questa obbligazione è naturale. Anche i doveri morali sono destituiti di azione, ma per essi il legislatore non ha bisogno di pronunciarsi, non ha bisogno di toglierla con una espressa statuizione: essi già di per sè ne difettano, perchè per loro essenza incoercibili.

Dissi che in sostanza accede al LAURENT il DE CRESCENZIO. Anch'egli infatti non esce dal Diritto positivo e dichiara esatto il criterio del LAURENT, che si debba riconoscere l'esistenza di un'obbligazione naturale quando in un caso determinato concorrano tutti i requisiti necessarî per una vera obbligazione, ma una disposizione speciale di legge neghi l'azione al creditore, che anzi rimprovera al LAURENT di non avere rigorosamente osservato questo criterio nelle applicazioni ai singoli casi (1). Ma quando poi veniamo all'essenza dell'obbligazione naturale, il DE CRESCENZIO tiene ferma anche per Diritto moderno la teoria che vedemmo già da lui sostenuta in Diritto romano, che cioè questo rapporto, avente tutti gli elementi estrinseci di un'obbligazione civile, non è per nulla un'obbligazione, un *vinculum iuris*, ma un puro fatto. Se a questo *substratum* di fatto accede il pagamento, la legge, senza rendere giuridico il rapporto, si limita a riconoscere qualche effetto come se il rapporto fosse giuridico. Ma poichè tale ef-

(1) *Op. cit.*, n. 86, pag. 101.

fetto, non preesistendo vincolo di sorta, non è che il portato della legge e forma una deroga ai principî fondamentali, così senza una precisa e chiara statuizione di legge non si danno nè casi nè effetti di obbligazioni naturali (1). Il giudizio che io porto su codeste teorie del LAURENT e del DE CRESCENZIO risulterà dalla esposizione della teoria mia, alla quale finalmente procedo.

25. Già dall'esame critico di talune fra le opinioni enunciate risulta ch'io non sono disposto a ricercare il fondamento delle obbligazioni naturali nel campo vago del *ius naturale*, del *ius gentium* e simili, e che credo altresì debbano tenersi bene distinte dai semplici doveri morali. In sostanza dunque io mi schiero nel secondo gruppo di giuristi, quelli che rintracciano il predetto fondamento nel Diritto positivo. Ma questo in che senso? In un senso, e partendo da un punto di vista alquanto diverso da quello degli autori esaminati pure a siffatto gruppo appartenenti. Quando siamo in cospetto di un dato rapporto, o lo troviamo disciplinato testualmente nella legge, ed allora dal modo stesso onde la legge lo disciplina, raffrontato all'indole intrinseca del rapporto, si dedurrà se, essa abbia voluto farne un'obbligazione civile o naturale: tale è p. e. il caso del giuoco e della scommessa. Oppure la legge è muta, e allora che cosa ha da fare l'interprete? La via gli è tracciata dall'art. 3 del *Titolo preliminare* del Codice: « Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principî generali del Diritto ». Dunque o *analogia di legge*, desunta da *norme positive*, o *onalogia di diritto*, desunta dai principî generali del Diritto, per i quali oramai è quasi concordemente ammesso si debba intendere l'assieme di quei principî che emanano da tutto lo spirito della nostra *legislazione positiva* (2). Ecco

(1) *Op. cit.*, n. 90, pag. 109-110 e *passim*.

(2) Mi basti ricordare FADDA e BENSA nella citata traduzione delle *Pandette* del WINDSCHEID, nota *t* al § 23, pag 128 e segg. del vol. I.

dunque in che senso rimarremo sempre sul terreno del Diritto positivo, un senso alquanto diverso da quello del LAURENT e del DE CRESCENZIO, per il primo dei quali si ha obbligazione naturale solo quando un testo esplicito rifiuti ad un rapporto obbligatorio l'azione, per il secondo è pure necessario che una precisa e chiara disposizione di legge contempli un dato rapporto per connettervi l'effetto dell'obbligazione naturale, effetto che si riduce pel DE CRESCENZIO (lo dico sin d'ora) alla sola irrepetibilità di ciò che si è pagato, senza che tuttavia la dazione costituisca una liberalità. Vedremo, proseguendo, come questi che sono dati da tali autori quali soli indici dell'esistenza o no di un'obbligazione naturale, non solo non siano gli unici, potendo aversi obbligazioni naturali anche se manchi il testo esplicito di legge nel senso da quegli autori richiesto, ma siano altresì malsicuri, potendo darsi che ci sia un simile testo e cionullostante si debba concludere non potersi discorrere di obbligazione naturale attesa l' indole intrinseca del rapporto cui quel testo si riferisce. È infatti da questa intrinseca natura del rapporto che si può dedurre se esso debba avere il carattere di obbligazione naturale, se cioè, pur non arrivando a costituire una obbligazione civile, si differenzii tuttavia dai semplici doveri morali che stanno fuori del campo giuridico.

Ora per decider questo un criterio certamente utilizzabile è quello della virtuale coercibilità dato dallo ZACHARIAE e dietro di lui dal LAURENT. Sta infatti nella essenza dei doveri morali che non possano formar oggetto assolutamente di coazione; una legislazione, salvo che sia tirannica, non li può imporre rendendoli suscettibili di esecuzione forzata, poichè intanto è morale il dovere inquanto lo si può solo spontaneamente adempiere. Ma bisogna fare un passo più in là, perchè la questione è in simil guisa semplicemente spostata, ma non risoluta ancora. Quale infatti, si chiederà, quale è il criterio per decidere se una data prestazione sia, potenzialmente almeno, o non sia coercibile? Il criterio, rispondo, è il seguente. È coercibile la prestazione se diretta ad attuare quella norma fon-

damentale della giustizia che sta racchiusa nel *suum cuique tribuere*. Allora infatti il dovere non riguarda solo, se è lecito così esprimersi, la coscienza morale, ma qualche cosa di più, la coscienza giuridica, la quale mal sopporta indebiti arricchimenti a danno altrui (1). Perchè poi questa norma di giustizia del *suum cuique tribuere* possa trovarsi, per l'inosservanza dell'obbligazione naturale, inadempiuta, che cosa si suppone evidentemente? Si suppone che ci sia un rapporto già precostituito fra due persone (2), rapporto che, per ragioni di ordine pubblico dal legislatore prese in considerazione, non potè assorgere al grado di obbligazione civile, ovvero che, perfetto nell'origine, è poi venuto meno per cause di mera creazione del Diritto civile ordinate nell'interesse pubblico indipendentemente dalla effettiva esecuzione cui il debitore era astretto o da un reale equipollente di essa (3).

Dissi che il criterio desunto dall'indole intrinseca del rapporto di cui si tratta, meglio che l'indagine se ci sia o no un testo esplicito di legge che gli tolga l'azione e simili, è quello che deve guidarci per decidere se si abbia o no obbligazione naturale. E ne reco tosto due esempi. È un obbligo certo di indole morale quello che ha un padre di provvedere in conformità delle proprie sostanze a dotare le figlie, o in genere a fare un assegnamento ai figli per causa di matrimonio. Ma costituisce desso qualche cosa di più, cioè a dire un'obbligazione naturale? Se ci lasciassimo guidare dalla considerazione che c'è un testo di legge che nega l'azione, dovremmo rispon-

---

(1) Cfr. FISICHELLA, *Delle obbligazioni naturali* (Catania, Martinez, 1889), *passim*, ma specialmente a pag. 44, e L. COVIELLO, in nota a sentenza 18 aprile 1891 della Cassazione di Roma in *Annuario critico di giurisprudenza pratica* del COGLIOLO, vol. III, pag. 399.

(2) Cfr. COVIELLO.

(3) È in questa parte con qualche maggiore determinazione, il concetto del CHIRONI, *Questioni di Diritto civile* (Torino, Bocca 1890), pag. 128-129 e *Istituz. di Dir. civile*, vol. II, (Torino, Bocca, 1889), § 250, pag. 2, (2ª ediz. Torino, Bocca, 1912, pag. 5, ov'è qualche notevole ritocco di forma e più ampliata in genere la trattazione).

dere che sì. Ecco infatti ciò che dichiara l'art. 147 del nostro Codice (204 del Cod. francese): « I figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo ». Ma quel criterio, isolatamente preso, è fallace. La formula infatti usata dal legislatore, che in un dato caso non competa azione, può essere segno non di obbligazione naturale, ma di inesistenza di qualsivoglia obbligazione giuridica (1). Nè si dica, come vedemmo affermato dal LAURENT, che trattandosi di doveri che siano puramente morali il legislatore non ha bisogno di intervenire per dirli spogli d'azione intendendosi già questo da sè, chè alle volte egli può fare una tale dichiarazione a loro riguardo per una ragione, dirò così, d'indole storica, cioè per segnare il distacco da precedenti legislazioni, oppure può farlo per troncare ogni dubbio sulla natura di doveri simili. E l'esempio citato dell'art. 147 sta precisamente in quest'ordine di idee. Conviene infatti rammentare che e per Diritto romano e per taluno dei Codici vigenti in Italia prima dell'unificazione (es. Leggi civili delle due Sicilie, art. 194 capov., Codice austriaco, § 1220) il genitore avea l'obbligo di dotare le figlie (2). In seno alla Commissione legislativa (seduta 25 aprile 1865) fu pure discusso se si dovesse mantenere siffatto principio. Or ecco l'art. 147 trovare la perfetta sua spiegazione in questi precedenti storici e legislativi, nè potersi dedurre dal diniego di azione ai figli, in quell'articolo enunciato, che trattisi non semplicemente di un obbligo morale, ma di obbligazione naturale addirittura. Il fatto dunque dell'avere il legislatore negata l'azione con un testo esplicito

---

(1) DE CRESCENZIO, *op. cit.*, n. 80, pag. [illegible].

(2) Giacchè l'occasione si presenta, diremo che pel Codice delle due Sicilie la figlia aveva diritto di essere dotata dal padre, in difetto dall'avo paterno, quindi dalla madre; e che pel Codice austriaco (cit. § 1220, comb. coi §§ 141, 143), l'obbligo di costituire una dote congrua, cioè conveniente alla propria condizione e sostanza, incombe al padre, s'egli nol può alla madre, agli ascendenti paterni, da ultimo ai materni, e ciò nel presupposto che la sposa non abbia beni propri sufficienti per una congrua dote.

lascia ancora impregiudicata ed insoluta la questione, e per risolverla bisogna badare all'indole intrinseca del caso. Ora a questo proposito il LAURENT, che vi ravvisa appunto un'obbligazione naturale, invoca il criterio della virtuale coercibilità comprovata dall'esempio storico del Diritto romano. Argomento debole. In Diritto romano può avere influito a questo proposito un antico concetto di proprietà familiare; quanto a noi, abbiamo dimostrato che intanto si può concepire come coercibile un dato dovere, inquanto per esso si applichi la massima del *suum cuique tribuere,* il che non ricorre nel caso nostro, perchè, dovendosi in oggi ripudiare affatto ogni idea di condominio domestico, il padre è l'assoluto padrone del suo patrimonio sinchè vive, onde non può essere che puramente morale il suo obbligo di costituire doti o fare assegnamenti ai figli, una volta che abbia già provvisto a tenore dell'art. 138 (203 del Cod. francese) al loro mantenimento, educazione ed istruzione. (Noto di passaggio che la opinione del LAURENT è stata accolta dalla Cassazione di Roma, la quale ne ha tratto questo importante corollario, che dunque la promessa di un assegno per matrimonio fatta dal genitore alla figlia non costituisce donazione, come sarebbe se l'obbligo di dotare fosse semplicemente morale, e che quindi è efficace anche se fatta per privata scrittura, anzichè per atto pubblico (1)).

Altro esempio pratico di molta importanza lo si desume dall'art. 1830, nel quale il DE CRESCENZIO, che pure è molto parco nel configurare casi di obbligazione naturale, ne ravvisa uno (2). Permessa la stipulazione degli interessi nel mutuo

---

(1) Sent. 15 novembre 1883 in causa Pierfelici *utrinque (Foro ital.*, 1884, I, pag. 134). Contro il criterio del LAURENT veggasi pure CROME, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts* (Mannheim, Bensheimer 1894), § 3, pag. 19-20, nota 21, il quale giustamente rileva che il diniego di azione in un dato caso può derivare p. es. da *turpitudo* (nella citata traduzione italiana con note ASCOLI-CAMMEO, pag. 19-20). Per altre considerazioni dunque il CROME sta fra coloro che pongono fra i casi di obbligazione naturale nel Diritto francese l'obbligo dei genitori di costituire una dote o assegno in caso di matrimonio ai figli, (*ibid.*, pag. 27 sia dell'originale che della traduzione, testo e nota 46).

(2) *Op. cit.,* n. 104, pag. 133-134.

(art. 1829), l'art. 1830 dichiara: « Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta non può ripeterli nè imputarli al capitale ». Orbene, in questo caso, sol perchè la legge ha parlato accordando la *soluti retentio*, il DE CRESCENZIO ed altri con lui (1) ravvisano senz'altro una obbligazione naturale. A ciò io non so adattarmi. È quella una disposizione tutt'altro che plausibile, della quale non è ora il caso di indagare la ragione e l'origine. Ma quello che mi par sicuro è ch'essa non può rappresentare un caso di obbligazione naturale, perchè riguardo agli interessi pagati mentre non erano convenuti, o per quel tanto che si pagò oltre la misura convenuta, non si ha certo un rapporto precostituito, sì da doversi dire che, ciò facendo, il mutuatario ha reso omaggio al principio del *suum cuique tribuere*. Una delle ipotesi che fa l'articolo è che siano pagati interessi oltre il tasso pattuito. Orbene, poichè da noi non c'è limite nel tasso degli interessi, potrà avvenire che il mutuatario li dia al mutuante in misura usuraria, e tuttavia non li potrà ripetere da lui. Ebbene, come dire che ciò dipende dal fatto ch'egli ha adempiuta così un'obbligazione naturale? Che concetto di obbligazione naturale è mai questo, che, lungi dal fondarsi sul *suum cuique tribuere*, troverebbe la sua ragione nell'ingordigia di un usuraio, cui la legge permette di trattenere, per quanto elevati, gli interessi eccedenti la misura convenuta? (2).

Mi compiaccio di avere concorde nel disconoscere qui obbligazione naturale il DEGNI, il quale in una breve ma concettosa nota su «*La repressione dell'usura e gli art. 1830, 1831 cod. civ. it.*» (3) scrive: « A prescindere, infatti, dall'indagine, che non è qui il luogo di fare, se cioè nel nostro Diritto positivo esista la categoria delle obbligazioni naturali e quale ne sia il contenuto, a me pare certo che i casi enumerati nell'art. 1830 non possono rientrare in esse, nem-

---

(1) Così per esempio il SIMONCELLI, *loc. cit.*

(2) Cfr. il citato mio articolo *Sulla interpretazione della legge e sulle oblig. naturali*, nel *Monitore dei tribunali* del 1890, pag. 816.

(3) In nota a sentenza 13 giugno 1910 della Corte d'Appello di Napoli, in *Riv. di Dir. comm.*, VIII (1910) fasc. XI, pag. 16 dell'estratto.

meno quando se ne abbia il concetto più largo che le identifica con le obbligazioni di coscienza. L'art. 1830 invero si riferisce al pagamento di interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, e, se il concetto di obbligazione nel senso più lato dell'espressione risponde sempre ad un dovere che si ha verso gli altri, o almeno verso se stessi (obbligazioni morali) riesce chiaro che chi ha pagato interessi, dai quali espressamente o tacitamente era stato dispensato, non soddisfa nemmeno ad un'obbligazione morale e di coscienza». Va poi ricordato il tentativo di giustificazione della norma in esame fatto da questo giovane valente autore, che scrive (1): «Io penso che la ragione che ha indotto il legislatore a stabilire questa deviazione dai principi generali è stata quella di non turbare le condizioni economiche del mutuante, per il quale la restituzione di ciò che ha ricevuto a titolo d'interessi e che, quindi, ha considerato come *rendita*, e destinato, perciò, normalmente al consumo, porterebbe, direttamente o indirettamente, ad una diminuzione del suo patrimonio, superiore al vantaggio economico che egli ha potuto ritrarre dal pagamento di ciò che considerava come frutto del capitale».

Ecco dunque provato con due esempi come non basti il vedere da un testo preciso di legge negata l'azione, ovvero concessa in un dato caso la *soluti retentio* per doversi concludere all'esistenza di obbligazioni naturali, potendo ciò dipendere da altre, più o meno plausibili, ragioni. È, lo ripeto, scrutando l'intima natura del rapporto, più che con l'avere riguardo alle parole del legislatore, e però anche se esso legislatore non gli abbia esplicitamente attribuito l'effetto delle obbligazioni naturali, è con questo criterio intrinseco che si dovrà decidere se questa figura giuridica ricorra.

Quanto poi alla essenza delle obbligazioni naturali, il divario fra il Laurent e il De Crescenzio è profondo. Il punto d'arrivo è lo stesso, aversi cioè l'obbligazione naturale quando in un caso determinato la legge nega l'azione ad un rapporto che presenterebbe del resto l'aspetto di una vera obbligazione, ma è ben diverso il punto da cui rispettivamente essi muovono. Per il De Crescenzio, lo vedemmo, non si ha in quel rapporto che la parvenza di un'obbliga-

(1) *Ibid.*, pag. 13.

zione, e quindi un solo rapporto di fatto, onde l'opera del legislatore si esplica nell'ammettere pure un qualche effetto giuridico a codesta condizione di fatto, la quale di effetti giuridici sarebbe di per sè improduttiva. Il LAURENT ci ravvisa invece un'obbligazione giuridica, un *vinculum iuris* vero e proprio, onde l'opera del legislatore si esplica nel togliergli l'azione che altrimenti gli sarebbe stata propria. È opera dunque di attribuzione per il primo, di soppressione di effetti giuridici per l'altro. Ora io non esito qui ad accogliere il concetto del LAURENT, deplorando soltanto ch'egli non vi sia rimasto fedele in tutte le sue logiche conseguenze, come vedremo. E lo accolgo per la seguente considerazione. Dato per un momento, ciò che da molti si sostiene (lo si vedrà fra poco), che la irrepetibilità di ciò che si è volontariamente pagato sia l'unico effetto inerente a questa figura giuridica, il linguaggio che avrebbe dovuto tenere il legislatore se voleva conservare, come ha fatto, questa espressione e questo concetto di obbligazione naturale, era il seguente: È obbligazione naturale quella che produce, dati questi e questi estremi, tale effetto. Invece egli vi accenna nell'art. 1237 (1235 Cod. fr.) là dove tratta del pagamento in genere, e pagamento presuppone obbligazione ch'esso è diretto ad estinguere. Ivi è detto che la irrepetibilità di ciò che si è volontariamente pagatosi riscontra nella obbligazione naturale. Segno dunque che quest'ente obbligazione naturale si era già presentato alla mente del legislatore come avente una vita propria nel regno delle giuridiche entità prima che di questo suo essenzialissimo effetto egli si facesse a discorrere (1). Se così non fosse avrebbe ragione il GIORGI, il quale prende in parola gli autori che nel pagamento irretrattabile ravvisano il solo criterio distintivo dell'obbligazione naturale, ed argomenta che allora saremmo di fronte ad un'obbligazione che dal pagamento riceve giuridica esistenza. Ma il pagamento, egli esclama, estingue e non crea la obbligazione. Che strano ente giuridico è mai il vostro, il quale prende vita mentre diventa cadavere, non spiega efficacia se non perde sussistenza? (2).

26. Ed ora veniamo agli *effetti dell'obbligazione naturale*. Uno di questi effetti è da tutti ammesso, nè potrebb'essere

---

(1) Cfr. il citato mio articolo *Sulla interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, nel *Monitore dei Tribunali* del 1890, pag. 815-816.

(2) GIORGI, *op. e vol. cit.*, n. [illegible], pag. [illegible]

altrimenti, perchè è la legge che lo sancisce, alludo alla *soluti retentio*. Senonchè pare un destino che in questa materia la concordia delle opinioni sia di breve durata. Ecco infatti risorgere il dissidio sull'interpretazione dell'art. 1237 (1235 Cod. fr.) e precisamente, come altra volta ho accennato, circa l'interpretazione da darsi a quell'avverbio *volontariamente* che vi figura. Mentre cioè taluno lo prende come sinonimo di *liberamente, senza coazione* (1), altri lo dicono sinonimo di *scientemente* (2). Confesso di avere a lungo esitato fra i due partiti, ma alla fine mi è parso preferibile il secondo per le seguenti considerazioni: *a*) Sarebbe stato inutile che la legge ponesse questa parola, se con essa avesse voluto indicare che chi paga deve farlo *sponte* e non perchè soffra violenza o sia vittima del dolo, sapendosi già che violenza e dolo sono cause di annullamento degli atti giuridici in generale; *b*) Se manca la *volontà* quando chi paga lo fa per dolo o violenza, essa è tuttavia fortemente viziata, e quasi si può dire che manchi, anche quand'egli sia vittima del proprio errore, giusta i noti aforismi « *Non videtur qui errat consentire, Errantis nulla voluntas* ». Potrà proprio dirsi che agisca *sponte* chi va a pagare non per solo ed intimo impulso dell'animo, ma perchè crede il pagamento coercibile, perchè cioè teme a torto di potervi essere giudizialmente astretto? *c*) Rafforza questa opinione ciò che trovasi scritto in DOMAT, l'altro ispiratore, dopo il POTHIER, dei compilatori del Codice francese, nonchè

---

(1) Così, p. es., il GIORGI, *op. e vol. cit.* n. 45-50 pag. 50-59 e il MASSOL, *op. cit.*, pag. 230-232. Non è dunque un'opinione questa esclusivamente propria di coloro che negano l'esistenza delle obbligazioni naturali, delle quali il MASSOL è fin troppo cieco sostenitore, considerandole nel Diritto moderno tali e quali come nel Diritto romano.

(2) È l'opinione che mi sembra prevalente. Cfr. i tanti citati dal GIORGI, *op.* e *vol. cit.*, n. 38, pag. 40-41, ai quali aggiungasi, fra i nostri, DE PIRRO, *Teoria della ripetizione dell'indebito* (Città di Castello, Lapi 1892), pag. 100 e segg., LOMONACO, *Delle obbligazioni ecc.* Vol. II (nel citato Commento de FIORE, Napoli Marghieri 1890) n. 112, pag. 26-27. VENZI e CARBONI nei luoghi che citerò nell'Appendice.

nei lavori preparatori del Codice stesso. Per verità noi in altro incontro, e precisamente quanto al concetto e fondamento dell'obbligazione naturale, a precedenti simili non abbiamo dato peso, ma questo perchè? Perchè potemmo dimostrare l'errore a cui ci menavano, ed è regola certa che il pensiero degli ispiratori e dei compilatori di un Codice, manifestati nei lavori preparatori, non vincolano l'interprete così da prevalere alla legge e a quello che ne è il naturale significato, la razionale, e non contraddittoria od assurda interpretazione. Ma quando simili precedenti vengono a sostegno di un'opinione per altri argomenti accettabile, costituiscono certamente un non ispregevole sussidio. Or ecco ciò che si legge in DOMAT: « Les débiteurs qui acquittent volontairement des dettes qu'ils auroient pu faire annuller en justice, mais que l'équité naturelle rendait légitimes, ne peut revenir *contre cette approbation* » (1). Dove si allude, come da una nota ivi apposta risulta, alle obbligazioni naturali. Ora *approvazione* suppone conoscenza di causa. Ebbene l'identico concetto, che non si possa ripetere il pagato, inquanto esso rappresenta l'approvazione volontaria di un riconosciuto dovere, o in altre parole, la deliberata rinunzia a valersi del soccorso della legge civile, che permetterebbe di non pagare, risulta limpidissimo dai lavori preparatori del Codice francese (2).

Senonchè fra le obbiezioni che gli avversari ci muovono una ve n'ha in apparenza assai grave, e che non possiamo passare sotto silenzio. Si pongono cioè a raffronto il nostro Art. 1237 (1235 Cod. fr.) e l'Art. 1146 (1377 Cod. fr.) relativo alla ripetizione dell'indebito. Leggesi in quest'Articolo: « Chi per errore si credeva debitore quando abbia pagato il debito ha il diritto della ripetizione contro il creditore ». Dunque l'errore è *sempre* elemento necessario per potersi ripetere ciò che indebitamente si è pagato, e quindi non si può *mai* chie-

(1) DOMAT, *Les lois civiles*, vol. I (Paris, 1777), Liv. II, Tit. VII, Sect. I, n. 11.

(2) Cfr. FENET, XIII, pag. 264.

dere di ritorno quanto si è pagato sapendo di non esservi obbligati. Se così è, che significato avrebbe l'Art. 1237, dato che esso affermasse la irrepetibilità di ciò che si è pagato per un'obbligazione naturale *solo se* lo si pagò scientemente? Allora in questa irrepetibilità, esplicitamente ivi dichiarata, non si avrebbe nulla di caratteristico, di tutto proprio alle obbligazioni naturali, perchè, ripetiamo, anche quando manca questo sostrato di un'obbligazione naturale, anche quando non c'è obbligazione di sorta, non si può per l'Art. 1146 ripetere ciò che si è pagato scientemente. Se si vuole dunque che l'Art. 1237 (1235 Cod. fr.) mantenga una propria ragione d'essere, un significato suo proprio accanto alla regola generale dell'Art. 1146 (1377 Cod. fr.) bisogna necessariamente supporre che questa presenza dell'obbligazione naturale porti ad una maggior latitudine di effetti in confronto ai casi ordinarî di ripetizione d'indebito, e questa maggior latitudine la si ha appunto quando si intenda che allora non si può più ripetere anche se si pagò per errore, com'era precisamente in Diritto romano. Ma a ciò si risponde che la differenza può non consistere nella quantità dei casi in cui la ripetizione è negata, che cioè quando non c'è nemmeno un'obbligazione naturale si neghi la ripetizione *solo* se si fece la prestazione scientemente, e quando invece preesisteva obbligazione naturale la si neghi *per di più* anche se la prestazione si fece per errore. Dato pure che questa *quantità* di casi, per continuare a così esprimermi, sia l'identica qua e là, vi ha pur sempre una differenza concernente la *qualifica* giuridica che la *soluti retentio* riveste nelle due diverse ipotesi, perchè mentre, sussistendo il sostrato di un'obbligazione naturale, è un pagamento vero e proprio la prestazione fatta scientemente, sarà invece *normalmente* atto di liberalità, quando non ci sia nemmeno quel sostrato: «Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est» (1).

---

(1) l. 53 D. de reg. iur. 50, 17 di PAOLO.

(Sono pure notevoli le acute osservazioni del PESCATORE per tentar di conciliare i due articoli, pur interpretando il *volontariamente* dell'Art. 1237 come sinonimo di *scientemente* (1). Non è vero, egli dice, in modo costante che la scienza dell'indebito assoluto ne inibisca sempre la ripetizione, siccome avviene senza eccezione quando si paga un debito naturale (naturalmente indebito) scientemente. Può avvenire che un indebito assoluto sia stato scientemente pagato per non compromettere intanto maggiormente il proprio credito già vacillante per altre cause, ovvero anche per sottrarsi a momentanee pressioni, a ingiuste molestie per parte di terzi parenti (fossero pure vanamente temute), ovvero infine per rimuovere in un caso d'urgenza un ingiusto rifiuto di chi tenta abusare delle circostanze, nel qual caso la stessa giurisprudenza romana apprestava un'apposita azione (*condictio ob iniustam causam*): in una parola, data la forma di un pagamento e verificatosi un indebito assoluto, emerge la questione di fatto se la dazione si risolva intenzionalmente in una transazione od anche sia un abbandono assoluto per evitare una lite. Escluso dalle circostanze l'animo di donare o di transigere, escluso dall'evidenza dell'indebito ogni timore di lite, non rimane altro titolo di ritenzione che il pagamento: ora la legge dichiara con ragione e con formula assoluta che ogni pagamento suppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto (mancando ogni titolo civile o naturale di ritenzione) è ripetibile (Cod. civ., Art. 1237)..., dunque non è vero che, trattandosi di indebito assoluto, di assoluta inesistenza di debito, la sola scienza inibisca in tutti i casi la ripetizione, ed è già per questo rispetto giustificata l'antitesi che pone la legge fra l'indebito assoluto e l'indebito puramente civile. Resterebbe dunque già escluso con questa spiegazione del PESCATORE che la *quantità di casi* cui si riferiscono i due articoli più volte citati sia la stessa. Poi il PESCATORE soggiunge che, supposto pure che nelle speciali condizioni di fatto si riscontri applicabile il principio «cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est», vi ha differenza per i diversi requisiti di forma se non si tratti di dazione di cose suscettibili di donazioni manuali (2).

Anche il FADDA combatte il principio «cuius per errorem dati,

---

(1) PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, vol. I (Torino, Bocca 1874), pag. 253.

(2) *Op.* e *vol. cit.*, pag. 254-255.

ecc. » che suolsi dare come assoluto. Infatti, egli dice (1), se alcuno dia cosa che non deve e sa di non dovere, bensì con l'intenzione di ripetere quanto ha dato (fr. 50. de cond. indeb. 12, 6) certo non può dirsi abbia avuto *animus donandi* e che quindi siavi *donatio*, e nullameno *solutum repetere non potest*. Tale è pure il caso di chi, sapendo di dovere *aurum*, paga scientemente *aes*: egli non ha ottemperato al suo obbligo, non ha donato e tuttavia non può ripetere (fr. 50 de solut. 46. 3). E così in altri esempi, per cui il FADDA rinvia al VOIGT (*Ueber die condictiones ob causam*, pag. 580), autore il quale pertanto nota che il passo di PAOLO (cuius per errorem ecc.) non può essere inteso se non come ragione di decidere in un caso speciale. Ecco del resto perchè anch'io sopra ho dato come *normale*, e non assoluto, il principio contenuto in quell'aforisma.

Su questa affatto relativa portata della massima che il pagamento sciente di indebito sia senz'altro donazione può consultarsi anche il pregevolissimo libro sulle donazioni del prof. ASCOLI (2). — Va poi notata la singolare interpretazione che dà quest'ultimo autore della parola *volontariamente* dell'Art. 1237. Egli scrive: « La questione sul significato della parola *volontariamente* a me sembra una questione gonfiata. Non si vuole ammettere dai più che quella parola significhi senza violenza nè dolo, perchè, si dice, la revocabilità di un qualsiasi atto viziato di violenza o dolo è già sancita negli Art. 1111, 1115, e non c'era alcuna ragione di ripeterla nell'Art. 1237. Questo non mi pare, a dir vero, un argomento decisivo; ma io non so perchè non potrebbe anche ammettersi che *volontariamente* non volesse dir nulla di speciale, nè indicare alcun requisito particolare, ma solo accennare com'è molto naturale, al fatto che, trattandosi di obbligazioni naturali, il pagamento non può avvenire mai imposto da sentenza. Normalmente accade a chiunque di noi di dire, se dobbiamo spiegare che cos'è un'obbligazione naturale, ch'essa è un'obbligazione, il cui pagamento non si può esigere in giudizio, ma che, se il debitore paga volontariamente, paga bene. *Volontariamente* non significa in questa frase che il contrapposto di coattivamente, per sentenza, nè so perchè un significato diverso debba avere la parola nell'Art. 1237 (3) ». Obbietto, a tacere degli altri argomenti che stanno a favore della inter-

(1) Cit. memoria nell'*Archivio giuridico*, vol. XXXVI, pag. 228.

(2) ASCOLI, *Trattato delle donazioni* (Firenze, Cammelli 1898), pag. 98 e segg.

(3) *Op. cit.*, pag. 113-114, nota 3.

pretazione comune che l'ASCOLI non considera, obbietto, diceva, che l'avverbio in questione rappresenterebbe *per lo meno* un pleonasmo se si accogliesse la interpretazione da lui data. Contro di che, oltre alla presunzione generale che il legislatore non adoperi parole superflue, starebbe il fatto del ricomparire altrove in casi analoghi o addirittura identici l'avverbio medesimo o la qualifica di volontario data ad un atto (Cfr. Art. 1270, 1309, 1° e 2° capov., 1804). Sarebbe mai possibile che simili espressioni ricorressero così frequenti se non avessero un proprio speciale significato nella subbietta materia? Ma ho detto che la parola volontariamente costituirebbe *per lo meno* un pleonasmo nell'interpretazione che sto combattendo. Infatti peggio che di una inutilità il legislatore sarebbe imputabile di una inesattezza. Superfluo, come si è visto, ma non ancora inesatto, sarebbe il dire che non si può ripetere il pagamento fatto senza dolo o violenza, chè si può pur supporre il contrario, cioè è possibile l'ipotesi di obbligazione naturale adempiuta per effetto di violenza o di dolo; ma invece obbligazione naturale che si adempia per virtù di sentenza è un *quid* impossibile, e quindi scorretta sarebbe la locuzione del legislatore se con essa si fosse voluto affermare che il pagamento dell'obbligazione naturale è irrepetibile *quando* siasi fatto *senza che una sentenza lo imponga* (1).

Ho richiamato poco fa l'Art. 1309, come altro di quelli in cui è adoprato l'avverbio volontariamente. Ora taluno potrebbe osservare ch'esso verrebbe in appoggio all'interpretazione da noi combattuta, perchè altrimenti vi si avrebbe una tautologia, parlandovisi di esecuzione *volontaria* del contratto viziato per parte di chi *conosceva il vizio*. Senonchè è pur sempre ammissibile l'ipotesi di persona che è conscia del vizio e si crede tuttavia obbligata.

Ma oltre alla *soluti retentio*, da interpretarsi nel senso fin qui discorso, può l'obbligazione naturale produrre altri effetti?

Anche su di ciò la discordia delle opinioni è immensa; si va da un estremo all'altro con tutte le possibili combinazioni intermedie. Senza entrare in soverchi particolari, dirò che que-

---

(1) Insufficiente a scuotere la mia convinzione, me lo perdoni l'illustre Collega ed amico, parmi la replica da lui oppostami in nota *a* a pag. 21-22 della citata traduzione del CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto francese*.

gli autori che non ammettono nessun altro effetto invocano il testo della legge e i lavori preparatorî del Codice francese, oltre all'opinione manifestata già prima dal POTHIER. Il testo di legge, poichè dicono, è la *soluti retentio* il solo effetto dal Codice divisato nell'Art. 1237 (1235 Cod. fr.), onde sarebbe arbitrario per parte dell'interprete l'aggiungervene degli altri. Il POTHIER, poichè egli infatti nel suo trattato sulle obbligazioni lasciò scritto: « Le seul effet de nos obligations purement naturelles, est que lorsque le debiteur a payé volontairement, le paiement est valable et n'est pas sujet à répétition parce qu'il a eu un juste sujet de payer, savoir celui de décharger sa conscience » (1). I lavori preparatorî del Codice francese: ecco infatti com'ebbe ad esprimersi su questo proposito l'oratore del Governo, il BIGOT-PRÉAMENEU: « L'obligation naturelle ne devenant un lien civil que par induction tirée du payement, cette obligation ne peut avoir d'autre effet que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé. Mais elle ne peut faire la matière d'une compensation, ni avoir les autres effets que lui donnait la loi romaine par suite de cette distinction que nous n'avons point admise entre les pactes et les contrats » (2).

Io non accetto tale opinione. E per cominciare dal primo degli addotti argomenti dirò che male può desso invocarsi da autori che non seguano la singolare teoria del DE CRESCENZIO, onde stupisce il vedere in questo novero p. es. il LAURENT, quantunque egli stesso poi (3) sembri proclive ad ammettere un altro effetto, la conferma dell'obbligazione naturale. Infatti comprendo che il DE CRESCENZIO, il quale non ravvisa nei casi di obbligazioni naturali che dei rapporti, delle condizioni di puro fatto, per sè incapaci di produrre effetti giuridici, limiti questi effetti rigorosamente a quel tanto che

---

(1) POTHIER, *op. cit.*, n. 195, pag. 51.

(2) FENET, XIII, pag. 264. Cfr. LAURENT, *op. cit.*, vol. XVII, n. 23, pag. 39.

(3) n. 31.

vede scritto nella legge, ma questa restrizione non la capisco in chi, al pari di noi, ravvisa nella obbligazione naturale in sè e per sè un vero vincolo giuridico, solo sprovvisto di azione. Dato simile concetto, la conseguenza logica da trarne è questa, che saranno di regola compatibili con l'obbligazione naturale tutti gli effetti delle obbligazioni, i quali non si risolvano in una coercizione del debitore al pagamento, ch'è il solo effetto che manca per la mancanza dell'azione. Quindi, per esempio, un effetto che dovremo per tali riflessi negare, e che pure era ammesso in Diritto romano, è quello della compensazione. Questa infatti opera *ipso iure*, anche contro volontà, persino all'insaputa del creditore che si trova di fronte ad un creditore suo proprio: ecco dunque come, per quanto la compensazione si risolva in un pagamento, non possa qui applicarsi, perchè sarebbe un pagamento procedente dalla legge e non dalla volontà cosciente del debitore, quale si richiede trattandosi di obbligazione naturale. Aggiungasi che uno dei requisiti espressamente voluti dal Codice per la compensazione, come si vedrà a suo tempo, è che i due crediti che stanno di fronte siano *esigibili:* ora ciò non si può dire del credito naturale, non esigibile perchè sprovveduto di azione. Ma altri effetti, per es. la conferma risultante da un riconoscimento spontaneo, debbono potersi ammettere: solo è a ricordare una opinione molto accreditata, che vi farebbe eccezione, trattandosi di obbligazione dichiarata dal legislatore naturale per una ragione di ordine pubblico, cioè per lo sfavore della causa che la determina, es. il debito di giuoco.

Quant'è poi all'altro argomento desunto dal POTHIER e dai lavori preparatori del Codice francese, non credo possa avere gran peso, visto che abbiamo pure dovuto dipartircene sul punto fondamentale relativo al concetto dell'obbligazione naturale in Diritto moderno. E del resto le parole stesse del BIGOT-PRÉAMENEU riaccentuano un'idea erronea che dominò il POTHIER e i compilatori del Codice francese, che cioè il concetto romano della obbligazione naturale, colle conseguenze giuridiche che quel Diritto vi annetteva, dipendesse dalla for-

malistica distinzione, oggidì tramontata, fra patti e contratti, mentre vedemmo che in molti altri casi il Diritto romano ravvisava, e per ragioni ben diverse, delle obbligazioni naturali e che anzi quello connesso alla predetta distinzione è in oggi dai romanisti vivamente discusso e combattuto.

§ 4.

Casi di obbligazione naturale nel Diritto vigente.

SOMMARIO: 28. Se sia rimesso al prudente arbitrio del giudice decidere quando ci sia obbligazione naturale. Casi dubbi presso di noi, esplicitamente contemplati da legislazioni estere. — 29. Obbligazioni originariamente naturali, ed obbligazioni naturali che sopravvivono all'estinzione di obbligazioni civili. — 30. Transizione al Capitolo secondo.

28. Con la massima concisione diremo dei casi di obbligazione naturale nel nostro Diritto. La indeterminatezza del Codice, sia francese, sia nostro, ha fatto sorgere, fra altre, una teoria che sostiene essere rimesso al prudente arbitrio del giudice il decidere di caso in caso se si presenti una obbligazione naturale, e tale questione, perchè di fatto, non potersi dedurre in Cassazione (1). Ciò è errato, perchè la definizione del carattere giuridico di un atto o di un rapporto qualsiasi è questione di diritto: il decidere se esiste o no l'atto o il rapporto invocato è elemento di fatto, che sfugge al giudizio della Corte suprema, non così il decidere, quello accertato, come lo si debba giuridicamente trattare. Quello ch'è certo e di tutta evidenza si è che il numero delle obbligazioni naturali sarà oggidì minore che non fosse in Diritto romano,

---

(1) Decisioni in questo senso trovansi indicate in *Pandectes françaises* dei Sigg. WEISS e FRENNELET, v° *Obligations*, vol. I (Paris, Chevalier Marescq, 1893), n. 42, pag. 17. Il CROME, *op. cit.*, § 3, pag. 19 nota 20, chiama addirittura *mostruosa* siffatta conclusione. Ed a ragione poi gli annotatori italiani del CROME in nota *b* a pag. 191 riprovano un fautore nostro di quella dottrina, il DENINA, che da quella premessa (*Appunti sulle obbligazioni naturali* in *Monit. dei Trib.*, 1896, 449) « trae ancor più mostruose conseguenze, caratterizzando come obbligazioni naturali che egli ritiene tutelate da azione (!) casi che, se fossero di obbligazione, sarebbero obbligazioni civili ».

essendo cessate molte delle cause e circostanze speciali che ne determinarono il sorgere in allora. È poi notevole che molti dei casi presso di noi discussi sono contemplati invece da talune legislazioni straniere pure fra quelle che non fanno parola esplicitamente di obbligazioni naturali, e ciò per sancire la *soluti retentio*. È così, a proposito del pagamento di un debito prescritto, giusta l'Art. 63 capov. del *Codice federale svizzero delle obbligazioni* (1) e così pure secondo il *Codice sassone* (2) e il vigente *Codice civile Germanico* (3). Tale caso della prescrizione compiuta ed altri con esso trovansi pure contemplati nel *Codice austriaco*, dove, stabilita al § 1431 la ripetizione dell'indebito, il successivo dichiara « Non potrà tuttavia ripetersi ciò che sarà stato pagato per un debito estinto in forza della prescrizione, o invalido soltanto per difetto di formalità, o per esigere il quale la legge non nega che il diritto di promuovere l'azione », del quale ultimo caso porgono anche in Diritto austriaco esplicito esempio (§§ 1271 e 1272) i debiti di giuoco e di scommessa.

29. Non è mio intendimento di addentrarmi nell'esame dei singoli casi controversi nella nostra dottrina e giurisprudenza, tanto più che di alcuno di essi ci verrà più a proposito l'occasione di toccare nel processo del nostro Trattato. Dirò di qualcuno soltanto, ricordando anzitutto che anche in Diritto moderno, come già per Diritto romano, si devono fare due grandi classi:

1) casi in cui sino *ab origine* si ha un'obbligazione *naturalis tantum*, e qui mi basterà ricordare il più volte ripetuto esempio del giuoco e della scommessa, quantunque per verità sianvi autori che non vi ravvisano un'obbligazione naturale.

---

(1) Art. 63 capov. « Non si può ripetere ciò che fu dato in pagamento di un debito prescritto ecc. ». Identico l'Art. 72 capov. del Codice federale del 1881.

(2) § 1522 « Wer eine verjährte Forderung erfüllt, kann das Geleistete nicht zurückfordern ».

(3) § 222 «Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden auch wenn die Leistung in Unkenntniss der Verjährung bewirkt worden ist ».

Ma di ciò più a lungo nell'Appendice alla presente Sezione (n. 30 quater).

2) Casi in cui l'obbligazione, di civile che era, rimane semplicemente naturale *sublata actione*. Qui mi limiterò a ricordare i casi, che sono fra gli ammessi dal POTHIER (1) e nei lavori preparatori del Codice francese (2), del debito prescritto e della obbligazione che come naturale sopravvive alla cosa giudicata ed al giuramento decisorio.

Debito prescritto: Giova anzitutto precisar bene il caso. Compiuta la prescrizione, essa non opera *ipso iure*, bisogna che il debitore, che per effetto di essa si troverebbe liberato, se ne valga opponendola alla domanda di pagamento. Che alla prescrizione compiuta si possa rinunciare lo ammette implicitamente l'Art. 2107, che ne vieta solo l'anticipata rinunzia, e l'Art. 2109 poi c'insegna che il giudice non può supplire d'uffizio alla prescrizione non opposta. Orbene, se il debitore che potrebbe opporre la prescrizione vi rinunzia e paga, egli adempie un'obbligazione civile, perchè questa sarebbe cessata dopochè egli si fosse valso di tale eccezione. L'ipotesi nostra invece è che egli la abbia fatta valere, e si ricerca se cionullostante il debito come naturale perduri. Il debitore sa che il debito prescritto non era stato in realtà soddisfatto, lo assale il pentimento di essersi valso di questo rimedio, ch'è pura creazione della legge positiva, per farsi assolvere, e va a pagare il creditore. Si dirà ch'egli adempia allora un puro dovere morale, nel qual caso compirebbe una donazione, o non piuttosto ch'egli soddisfi una vera obbligazione naturale? Ecco la questione. Noi la vedemmo agitata già fra' romanisti: trattandone ora in Diritto moderno, non abbiamo che da applicare i principi fondamentali già esposti sul concetto e sui caratteri dell'obbligazione naturale per risolverla affermativamente. C'è un rapporto precostituito, che per una causa ch'è mera creazione del Diritto positivo nell'interesse sociale (non eternare

---

(1) POTHIER, *Op. cit.* n. 196 pag. 51.

(2) FENET, *loc. cit.*

cioè le liti) non può più produrre l'effetto civile dell'azione, ma intanto ne va di mezzo il principio di giustizia del *suum cuique tribuere*. Tanto basta dunque per concludere che trattasi di obbligazione naturale. E val ben poco l'opporre in contrario la lettera della legge, precisamente dell'Art. 1236, che pone la prescrizione fra le cause onde *si estinguono* le obbligazioni e dell'Art. 2105 che in termini altrettanto assoluti e generici la dice un mezzo onde taluno è liberato da un'obbligazione. La legge ivi, come in generale sempre ove parla di obbligazioni, allude alle obbligazioni civili perfette, e non alle naturali che sono una categoria eccezionale. Sta inoltre che, se proprio si dà peso alla lettera, due testi li abbiamo da invocare anche noi, e sono gli Art. 2135, 2138, ove ciò che si dichiara prescriversi in trent'anni o in periodo più breve non è già l'obbligazione, ma l'azione, con la quale pertanto cadrà l'efficacia civile, ma non anche l'elemento naturale del credito (1).

Per ragioni analoghe credo perduri l'obbligazione in qualità di naturale quando sia intervenuta sentenza definitiva di *assoluzione del debitore non giusta o motivata soltanto da difetto di prova*. Se allora il debitore, che pure avrebbe per sè l'autorità della cosa giudicata, paga il debito che in realtà sussisteva, non fa che attribuire il suo all'altra parte, in base ad un rapporto precostituito fra loro, e quindi adempie una obbligazione naturale.

Dicasi finalmente la stessa cosa nel caso in cui, essendo stato deferito al debitore il *giuramento decisorio*, egli abbia giurato, ma giurato il *falso*. Lo spergiuro è colpito dalla legge penale (Art. 221 del Cod. penale vigente); ma quant'è alla causa civile definita in base al giuramento non c'è oramai più rimedio. Dice l'Art. 1370 « Se fu prestato il giuramento deferito o riferito, non si ammette l'altra parte a provarne la fal-

---

(1) Cfr. VITI, cit. *Comment. sistem. del Cod. di pr. civ.*, I, n. 88, pag. 99. *Contra*, fra tanti, DE CRESCENZIO, *op. cit.*, n. 116, pag. 148-149, PUGLIESE, *Della prescrizione*, *Prescrizione estintiva* 2ª. ediz. (Torino, Unione 1903), n. 150-151, pag. 227-233, ma questi perchè segue sulle obbligazioni naturali la teoria del GIORGI. Veggansi pure gli altri citati dal PUGLIESE.

sità ». (Solo si discute se, incoandosi il processo penale, la parte, a cui danno il giuramento fu prestato abbia l'azion civile pel risarcimento dei danni, che ad ogni modo potrà non condurre allo stesso risultato che si avrebbe se il giuramento cadesse anche in via civile, non procurando p. e. il ricupero di quella tal *res individua*, di cui nella causa trattavasi). Ebbene, chi vorrà dire che, se lo spergiuro soddisfa poi l'obbligazione, cui era riuscito a sottrarsi col falso giuramento, adempia un semplice dovere morale, sicchè il suo non sia che un atto di liberalità, e non invece che trattisi dell'adempimento di una vera e propria obbligazione giuridica, sia pure naturale soltanto? (1).

A proposito dei tre casi or ora esaminati fu detto da taluno che siamo costretti a fare delle ipotesi addirittura inverosimili, a supporre, per esempio, un debitore dapprincipio insensibile al dovere sino al punto di opporre la prescrizione o giurare il falso pur di farsi assolvere dal debito civile, che poi gli sopravvenga il pentimento e paghi e che più tardi getti un'altra volta da un canto gli scrupoli e ridomandi ciò che ha pagato, nel qual caso gli si opporrà, si dice, la *soluti retentio* ch'è la caratteristica dell'obbligazione naturale. « Un caso simile » scrive il GIORGI « non si è mai dato e non succederà mai, ma se avvenisse davvero, il povero giudice non si saprebbe raccapezzare; e non trovando nelle alternative del si e del no di quel bell'umore nè morale, nè coscienza nè cervello, lo manderebbe all'ospedale dei matti » (2). Rispondiamo che, anche a volere tener ferma l'ipotesi del GIORGI, l'inverosimiglianza scomparirebbe subito che si figurasse che questa ripetizione di ciò che fu pagato fosse accampata non dallo stesso debitore, ma da suoi eredi. Ma poi sta il fatto che non è, giusta la nostra teoria, nel divieto di ripetere il pagato scientemente che risiede l'effetto caratteristico dell'obbligazione naturale, questo essendo normalmente un principio generico anche quando non c'è obbligazione di sorta perchè la *repetitio indebiti* presuppone di

---

(1) Anche su questi due punti della cosa giudicata e del giuramento ci assiste, fra altri, l'autorità del VITI, *op.* e vol. cit., n. 77-87, pag. 84-98.

(2) GIORGI, nella citata nota a sentenza 24 febbraio 1891 della Cassazione di Roma, in *Foro italiano*, Anno XVI, parte I, col. 426-427.

regola l'errore in chi paga: quell'effetto si palesa piuttosto nel carattere che la prestazione non ripetibile riveste, carattere di vero pagamento e non di donazione. Ond'è su questo punto che la questione potrebbe farsi, p. es. dai creditori che vogliano coll'azione *pauliana* impugnare il pagamento fatto dal loro debitore oramai civilmente disobbligo per effetto della prescrizione già da lui fatta valere, o della cosa giudicata o del giuramento prestato. È evidente in tal caso l'interesse per parte loro di far considerare l'atto del debitore come donazione anzichè come pagamento di un debito naturale, poichè nel primo e non nel secondo caso sarebbero esonerati dal provare la *conscientia fraudis* da parte dell'*accipiens*, e ciò giusta le norme sulla *pauliana*, che verranno a suo luogo illustrate.

30. Tanto sulle obbligazioni naturali. Di altre figure giuridiche da cui le si devono distinguere, come sarebbero le obbligazioni civili annullabili, ci verrà fatto di parlare altrove, p. e. nel discorrere delle cause di estinzione delle obbligazioni, fra le quali figurano appunto (Art. 1236) l'annullamento e la rescissione.

Esaminato così il primo elemento racchiuso nel concetto di obbligazione, cioè il vincolo patrimoniale giuridico, passiamo agli altri. Viene ora il discorso intorno ai *subbietti* dell'obbligazione.

Appendice alla Sezione II del Capitolo I.

SOMMARIO: 30 *bis*. Di un vizio di inconseguenza comune a taluni dei sistemi sulle obbligazioni naturali dei quali si imprende l'esame critico. In particolare delle idee del VENZI e del CARBONI. — 30 *ter*. Del BONFANTE e del BRINI. — 30 *quater*. Si ribadisce, di fronte particolarmente alle critiche del VENZI, il criterio adottato, nel riesame di taluni casi pratici. In particolare del giuoco e della scommessa.

30*bis*. Si narra di un tale che, citato in giudizio per risarcimento di danni da chi sosteneva di avergli prestato una pentola sana e di averla avuta di ritorno rotta, si difese con i seguenti tre argomenti: *Primo*: Tizio non mi ha prestato affatto la pentola. *Secondo*: La pentola era già rotta quando mi fu consegnata. *Terzo*: Io l'ho restituita intera. Il gustoso aneddoto mi si è affacciato più volte alla memoria (sia detto

senz'ombra di irriverenza verso chicchessia) nell'esaminare talune delle idee messe innanzi in questi ultimi tempi su questo assillante problema delle obbligazioni naturali. Idee messe innanzi, è superfluo soggiungere, con quella perfetta buona fede che mancava al reo convenuto dell'aneddoto, ma germinate unicamente da quell'ipercritica e da quella ricerca di originalità che facilmente traviano anche i migliori nel torturarsi il cervello sopra questioni vessatissime. Ecco dunque taluno fra essi montare in arcione contro l'istituto in discorso, plaudendo a chi ne combatte la ragion d'essere e l'effettiva esistenza nel Diritto vigente, ma poi con tutta disinvoltura staccarsene con l'ammettere casi odierni di vera e propria obbligazione naturale (non cioè di adempimento di obbligazioni civili perfette, ma nemmeno di pure obbligazioni morali): anzi ammetterne tranquillamente, e senza discussione o quasi, persino di quelli che suscitano i dubbi più forti pur tra i fautori dell'istituto. Oppure si nega ogni carattere di *giuridicità* (la parola non è mia) all'obbligazione naturale e poi, lungi dal trarne il corollario del non potersi ammettere simile singolarità (un puro rapporto *di fatto* non giuridico fecondo di effetti giuridici) fuor dei casi tassativamente contemplati dal legislatore, nè maggior numero d'effetti di quelli che esso legislatore ha precisati, si sottoscrive e per l'uno e per l'altro argomento alla opposta conclusione, che è pure la mia, ma che a me parve potersi desumere soltanto dalla riconosciuta natura giuridica del vincolo. E via di questo passo. Sono vizi di inconseguenza (sotto uno od altro aspetto) che dànno, per la ragion dei contrarii, risalto alla teorica risolutamente negativa del GIORGI, dalla quale si può, come feci io, dissentire, ma alla quale almeno è a riconoscere il pregio della coerenza in tutte le sue parti. Di codeste più o meno intonate variazioni sul vecchio inesauribile tema è pur necessario fare parola.

Comincio dal VENZI, il chiaro annotatore della quarta edizione delle *Istituzioni* del PACIFICI-MAZZONI, nella quale in una lunga nota egli rifuse una memoria da lui dettata nel 1907 per il periodico *La Giurisprudenza italiana* (1). In un certo punto, a proposito della teorica del DE CRESCENZIO, egli esce in questa esplicita dichiarazione: « L'appunto principale che si può fare alla sua teoria e alle altre af-

---

(1) VENZI, *Contributo alla teoria della obbligazione naturale* estr. dalla *Giurisprudenza italiana* (Torino, Unione 1907) — IDEM nota *b* al Lib. IV, Tit. I, Cap. I, delle *Istituzioni di Diritto civile del Pacifici-Mazzoni*, Vol. IV (Firenze, Cammelli 1908) pag. 16-51.

fini, è precisamente quello di aver voluto concepire l'obbligazione naturale come un rapporto obbligatorio speciale, distinto da una parte dall'obbligo di coscienza e dall'altra dalla obbligazione civile. In ciò hanno ragione GIORGI, GABBA, FADDA, RICCI; questo *ens medium* è impossibile nel diritto civile moderno, il quale non conosce che obbligazioni civili, e obblighi di coscienza (quelle come rapporti giuridici, questi come motivo di rapporti giuridici). Ed hanno ragione altresì quando dicono che la menzione delle obbligazioni naturali nell'art. 1237 è dovuta ad una infelice reminiscenza del diritto romano » (1). Ma poi, lungi dal concludere che sotto quella infelice reminiscenza o non ci sta più nulla di concreto o si ha un puro sinonimo degli obblighi morali, egli segue fedelmente il POTHIER, il quale vedemmo distinguere da questi obblighi puramente morali (doveri di carità, di gratitudine ecc.) le obbligazioni naturali concepite come obbligazioni che *vincolano chi le ha contratte ad adempierle*, ma nel foro dell'onore e della coscienza dacchè la legge civile non le munisce d'azione. E l'adempimento loro [illegible] il VENZI qualifica non già donazione (come dove il movente è un puro sentimento di gratitudine, di beneficenza e simili) ma vero e proprio pagamento. E allora dove se ne va la filippica contro il nostro istituto, del quale, aggiungasi, il VENZI fa propri, suddistinti nelle note due categorie, i numerosi casi addotti dal POTHIER? Ecco qui, pare ch'egli stesso senta la contraddizione e cerchi di uscirne con le seguenti parole, in cui tutto si compendia il pensiero suo: « È a ritenere che nell'art. 1237, capoverso, il legislatore abbia, sì, considerato l'obbligo di coscienza, ma nella sua funzione (la sola riconosciuta dal diritto) di motivo di un rapporto giuridico: come motivo cioè del pagamento di un'obbligazione civile che di fronte alla legge il debitore avrebbe potuto considerare come inesistente » (2). E più innanzi, portando codesta costruzione all'estrema sua conseguenza, par si rimangi di bel nuovo quanto mostrava di avere con tanta larghezza ammesso nel seguire il POTHIER: « A mio modo di vedere, neanche della *soluti retentio* può, propriamente, parlarsi come di effetto della obbligazione naturale. Se, infatti, la frase *obbligazione naturale* non è altro che una locuzione o un modo di dire per es-

(1) Pag. 35 dell'estr. dal *La Giurispr. italiana*, pag. 4[illegible] della nota alle *Istituzioni* del PACIFICI-MAZZONI.

(2) Rispettivamente pag. 37 e pag. 42.

primere l'obbligo di coscienza che induce a soddisfare volontariamente un'obbligazione civile, che per se stessa non sarebbe valida, è evidente che la *soluti retentio* agisce non come effetto della cosidetta obbligazione naturale, ma come effetto della rinunzia che fa il debitore a valersi del diritto che la legge gli dà di esimersi dal pagamento »(1).

L'artificiosa costruzione si smonta, mi pare, abbastanza facilmente. Voi parlate pure di *pagamento*, ma pagamento presuppone *obbligazione giuridica* che con esso si estingue. Questa allora voi andate cercando in una obbligazione che vi piace chiamare *civile* benchè sprovvista di azione. Vera contraddizione in termini! E mentre avreste a portata, per isfuggire a siffatta contraddizione, proprio quell'*ens tertium* che la legge vi somministra parlando di *obbligazione naturale che si soddisfa col pagamento*, impropriate il senso delle parole e dite che qui obbligazione significa non il rapporto giuridico che si estingue, ma il movente che induce ad estinguerlo! E sì che proprio il VENZI, nello scartare la teorica del GIORGI che obbligazione naturale significhi nell'Art. 1237 obbligazione morale, gli aveva poco prima mosso il giusto appunto che, essendo questa obbligazione morale niente più che il movente del rapporto giuridico che chiamasi donazione, la proclamata « irretrattabilità di ciò che si è dato dipende dalla donazione, non dall'obbligo di coscienza (2) ». Mentre dunque al GIORGI si rimprovera di prendere nell'espressione obbligazione naturale dell'Art. 1237 come rapporto quel che ne sarebbe il movente, si interpreta poi per proprio comodo appunto a quel modo la locuzione in esame.

Ma seguiamo pure il VENZI sul suo terreno. Siamo dunque in cospetto di un'*obbligazione civile*, che però si potrebbe secondo legge impunemente non adempiere: la si adempie tuttavia perchè nel conflitto tra la legge civile e la propria coscienza, com'ebbe a dire il tribuno JAUBERT, si rifiuta di prevalersi della legge civile per ubbidire ad una legge più imperiosa, quella della coscienza. E fra i tanti esempi invocati ci sono i soliti pure ammessi da noi, della prescrizione, della ingiusta condanna, del giuramento decisorio falso. Prendiamone uno a caso, per semplificare il discorso, quello della prescrizione. Quando, citato dal creditore, il debitore paga mentre avrebbe potuto opporgli la prescrizione oramai compiuta, egli appunto, nel conflitto tra la legge civile e la sua coscienza, fa trionfare quest'ul-

---

(1) Rispettivamente pag 39 e pag. 44.

(2) Rispettivamente pag. 20 e pag. 24.

tima rinunziando a prevalersi di quell'*impium remedium*. Ma qui in verità l'obbligazione naturale non entra, come suol dirsi, nè in spazio nè in riga. Si tratta di un debitore che adempie una obbligazione civile perfetta, mentre avrebbe potuto paralizzarne l'efficacia con una eccezione perentoria. L'ipotesi invece che sempre si è portata in campo è quella della prescrizione fatta valere, sì che la obbligazione civile oramai è estinta e il quesito è se *tuttavia* un'obbligazione giuridica d'altra natura sopravviva, un'obbligazione giuridica (detta *naturalis tantum* in contrapposto alla civile) bastevole a qualificare pagamento anzichè donazione il successivo volontario adempimento. Alla sagacia del Venzi ciò non poteva sfuggire, ma egli attraverso un lungo discorso, del quale per amor di brevità è superfluo rilevare i singoli particolari poco resistenti alla critica, escogita a salvezza della sua tesi questo curioso espediente: è innegabile che nulla più è *dovuto* civilmente, ma la legge (Art. 1237 capov.) nella sua onnipotenza tratta il caso *come se la obbligazione esistesse* (1) ». In verità fa meraviglia che, per giungere alla stessa meta, si sprezzi la via maestra che una secolare tradizione ha tracciata, dilettandosi a costruire piuttosto un intreccio di viottoli propri di un labirinto. Si direbbe che al postutto il Venzi ha orrore del nome e non della cosa: purchè non si parli di obbligazione naturale come di entità giuridica a sè, egli arriva persino ad una di quelle *fictiones iuris*, da cui la dottrina moderna giustamente rifugge: il legislatore cioè avrebbe finta nell'art. 1237, all'effetto di poter trattare come pagamento quello che pagamento non può più dirsi, avrebbe finta, io diceva, la persistenza di quell'*obbligazione civile* che in realtà è assolutamente scomparsa o che (caso del giuoco e scommessa pure ammesso pacificamente dal Venzi) come obbligazione civile non ebbe nemmeno un istante di vita.

Tornerò in seguito al Venzi sopra taluni punti relativamente secondarî. Fo qui invece breve cenno di un altro scrittore egregio, il Carboni, che al nostro tema ha consacrato un capitolo della recente già citata sua opera sulla *Obbligazione nel Diritto odierno* (2). Egli per verità non comincia dall'inneggiare (come pare oggi di moda nella dottrina) ai demolitori dell'obbligazione naturale quale vigente istituto a sè, invece ne riconosce l'esistenza, ne ripudia la assimila-

(1) Rispettivamente pag. 41 comb. con pag. 33 testo e nota 5, 37, nota 8 e pag. 45-46, comb. con pag. 39 testo e nota 1, 43, nota 1.

(2) Carboni, *op. cit.*, n. 103-117, pag. 170-189.

zione ai doveri morali o agli obblighi di coscienza in sè o quale movente dell'adempimento di una obbligazione. E tuttavia conclude negando che essa «esista come entità giuridica indipendente. Essa, egli continua, è per noi una entità razionale a sè del tutto distinta da ogni altro rapporto e che, pel suo particolare fondamento, può dar sussistenza a rapporti giuridici diretti a riconoscerle efficacia» (1). Parole, confessiamolo, di colore alquanto oscuro. Cerchiamone poche pagine prima il chiarimento: «quando si dice non essere l'obbligazione naturale rapporto giuridico, non se ne impugna l'esistenza oggettiva, ma solo si cambia il luogo, il campo in cui esso è compreso: il pagamento scioglie questo vincolo che per sè stesso non appare mai fra le giuridiche entità; non si dice che il pagamento operi tal prodigio e lo trascini nell'orbita del diritto, ma sol si asserisce che l'atto che quel rapporto annulla, è giuridico, senza che tale diventi il rapporto stesso» (2). Beninteso che perchè tal fenomeno avvenga occorre la volontà espressamente a ciò diretta. E però anche il CARBONI (concorde qui meco) interpreta il *volontariamente* dell'art. 1237 capov. come sinonimo di *scientemente*: «È questa speciale volontà che anima e sostiene l'atto così compiuto: è in omaggio ad esso che l'atto [cioè il pagamento] è tenuto fermo» (3). Riportata pertanto alla volontà dell'agente tutta intera la forza efficiente del fenomeno, ne deriva che «terranno tutti gli atti che nella obbligazione naturale han causa purchè in essi si palesi questa speciale volontà diretta a darle attuazione ed efficacia» (4). Vien da sè dunque che «noi, pur opinando per la *non giuridicità* dell'obbligazione naturale, crediamo che all'irrepetibilità non si possano gli effetti suoi limitare» (5). Quanto poi al criterio distintivo di tali rapporti, accenna il CARBONI a quello da me adottato in contrapposto al LAURENT e mostra di preferirlo difendendolo da una critica del VENZI, di cui si farà in appresso parola (6). Tutto sommato dunque, e guardando alle conclusioni *pratiche* finali più che alla costruzione teoretica, io sono certamente lieto di avere un alleato nel CARBONI (e parimenti nel suo illustre Maestro, il CHIRONI

---

(1) n. 117, pag. 188.
(2) n. 114, pag. 184.
(3) n. 116, pag. 187.
(4) *Ibid.*
(5) n. 114, p. 185.
(6) n. 117, pag. 188.

quando particolarmente si tenga presente la seconda edizione delle sue *Istituzioni di Diritto civile italiano* (1)) su tutti i punti capitali, cioè sulla effettiva esistenza nel patrio Diritto della categoria delle obbligazioni naturali, sulla latitudine dei casi in cui ammetterle ispirandosi al criterio del *suum cuique tribuere* e sulla latitudine dei relativi effetti. Purtuttavia quando riduciamo alla sua espressione più semplice (traendolo fuori da quella certa nebulosità che lo avvolge) il sistema in esame, troviamo che in fondo il punto di partenza è quello stesso del De Crescenzio: essere noi in presenza di un puro fatto non avente alcun carattere giuridico, ma che tuttavia produce effetti giuridici. E però non avrei che a ripetere ciò che già ho opposto al De Crescenzio richiamando la regola che l'effetto non possa avere natura diversa dalla sua causa. Ma poi francamente l'anomalia della situazione giustificherebbe molto di più la tendenza restrittiva del De Crescenzio, in ordine ai casi e agli effetti da ammettere, che non quella così larga pur ora descritta.

Forse però avrebbe ragione anche più chi dicesse che in codesta questione si cela un malinteso, o ch'esso si riduce ad una logomachia. Che cosa significa e a quale risultanza pratica approda questo affannarsi a distinguere fra rapporti di puro fatto e veri rapporti giuridici? Se per rapporto giuridico è giusto intendere un rapporto della vita reale, in tutto o in parte regolato dal Diritto, onde basta che almeno sotto qualche aspetto sia toccato da norme di Diritto perchè entri a far parte del nostro ordine giuridico (2), indubbiamente quel rapporto che viene sotto il nome di obbligazione naturale è giuridico in quanto (pur tacendo di altri disputabili effetti) la legge al volontario soddisfacimento attribuisce il carattere di pagamento irretrattabile. E si fa, per isfuggire a tale strettoia, un giuoco di parole quando si afferma essere vero bensì che un sostrato di fatto diventa *giuridico* quando la legge ad esso riconosca un qualche effetto, ma che il rapporto intercedente fra debitore e creditore naturale essendo *giuridicamente* un *nulla*, perchè non esigibile con azione o sotto forma di compensazione, è tutta e sola la *volontarietà* con cui il pagamento fu effettuato che al nulla preesistente fa sottentrare un atto giuridico irrevocabile (3). Evidente la confusione dei concetti. Mentre si sta parlando di un sostrato

(1) Op. cit. Vol. II, § 250, pag. 4-8.

(2) Brugi, cit. *Istituzioni di Diritto civile*, § 7, pag. 68.

(3) Carboni, *op. cit.*, n. 113, pag. 183, confr. col. n. 111, pag. 181-182.

di *fatto* necessario, ma altresì sufficiente perchè si abbia a discorrere di rapporto giuridico, se ed in quanto l'ordinamento giuridico positivo vi annetta qualche effetto, ci si viene a dire che qui vi ha *giuridicamente un nulla* e così la stessa ricerca iniziale, che si aggira sull'esistenza o no di una base di fatto, la si porta, con evidente arbitrario spostamento e per di più con petizione di principio, sul terreno del Diritto. E tuttociò per riuscire ad una altrettanto evidente esorbitanza nella funzione della volontà, che creerebbe poi *ex nihilo* l'atto giuridico con virtù di qualificarlo *pagamento*, come se la volontà privata fosse onnipotente nella determinazione giuridica degli atti e potesse a suo piacimento (con effetto, si noti, pure in confronto ai terzi) imprimere carattere di *pagamento* ad un atto che tale razionalmente non è posto che non preesiste alcun vincolo che con quell'atto si estingua. Che se poi (come in realtà risulterebbe dal poggiare il ragionamento sulla mancanza di possibile coazione all'adempimento) nella negazione di un preesistente rapporto giuridico si intende negazione della ordinaria, vera e propria obbligazione perfetta, ci riduciamo ad un truismo molto infelicemente espresso, perchè altro è il dire (e chi ne ha mai dubitato?) che l'obbligazione naturale non è la obbligazione tipica ed altro che per questo dunque non sia nemmeno un rapporto giuridico. Tale la rende quella tutela che la legge le accorda nella forma, sia pur blanda, della *soluti retentio*, che non ha, ne convengo (se pur qualche parola della prima edizione di questo volume ha potuto far credere ch'io pensassi altrimenti) carattere di mezzo di coercizione vera e propria, per quanto languida, ma che è pur sempre riconoscimento e presidio giuridico (1).

30 ter. Dalle predette incongruenze, connesse in tanta parte a questioni di parole, ha saputo ben guardarsi un giurista d'altissimo valore quale il BONFANTE (2). Egli infatti, per gli effetti giuridici che può

---

(1) Benissimo il BRUGI, *op. cit.*, § 28, pag. 219: « Un rapporto è giuridico rimpetto al Diritto positivo in quanto le norme di questo lo proteggono almeno mediante eccezione ». Cfr. pure G. DEL VECCHIO, *Il Concetto del Diritto* (Bologna, Zanichelli, 1912, ristampa dell'opera comparsa nel 1906), pag. 131-132.

(2) Il BONFANTE è tornato a più riprese sul tema. Ricordo: — 1°) una sua lunga nota a Sent. 26 ottobre 1892 della Corte d'Appello di Genova, in *Foró italiano*, XVIII (1893), I, col. 150-162; — 2°) *Diritto romano* (Firenze Cammelli 1900), pag. 356-357; — 3°.) *Istituzioni di Diritto romano*, 4ª. ediz. del 1907 (Milano, Vallardi, §§. 124, 125, pag. 344-352; — 4°) Addizione II alla traduzione del *Trattato delle donaz. fra vivi e dei testamenti* di G. BAUDRY-LACANTINERIE e M. COLIN, Vol. II (Milano, Vallardi), pag. LXIII e segg.

produrre, riconosce nell'obbligazione naturale un rapporto giuridico: quello che non c'è è invece il diritto di obbligazione vero e proprio, il diritto cioè di esigere coattivamente il pagamento (1). Ma quando poi passa a determinare codesto rapporto giuridico, particolarmente in riguardo al Diritto vigente, il BONFANTE (ch'io mi guarderò bene dal seguire passo per passo sul terreno del Diritto romano e giustinianeo) enuncia idee che non mi sento di accogliere. Comincio dalla avvertenza di un fatto singolarissimo. Io non avevo accennato al BONFANTE nella 1ª edizione, come non nell'attuale, accanto al GABBA, al GIORGI e agli altri che impugnano la odierna esistenza dell'istituto e fondono e confondono obbligazioni naturali con obblighi morali. E ciò ho fatto *malgré lui*, cioè quantunque egli nella prima delle sue memorie abbia parole di incondizionato plauso per le idee di quei due illustri Maestri e manifesti la sua meraviglia per il poco seguito ch'esse hanno avuto, mentre afferma di esporre una teoria che non è in sostanza se non una determinazione maggiore di quella del GABBA e del GIORGI (2). Non muoverò dunque serio appunto al VENZI, se, credendogli sulla parola, ha messo lui, BONFANTE, in un fascio con gli autori predetti (3). Il vero invece si è che fra loro corre distanza come fra il giorno e la notte. Abbiamo ripetuto a sazietà che il GIORGI (per non dire che di lui) ha condotto alle ultime naturali conseguenze la sua negazione di questo *ens tertium* e, posta la equazione fra obbligazioni naturali e doveri morali, ha concluso logicamente esserci donazione dove altri ravvisa pagamento. Su questo, ch'è il punto capitale, il BONFANTE invece è agli antipodi; per lui le obbligazioni naturali del Diritto civile italiano non sono semplici e generici obblighi morali, sibbene quei tali *officia* di contenuto patrimoniale tuttoggi imposti da esigenze e ragioni sociali, che costitui-

---

(1) Così nelle col. 154-155 della nota cit. nel *Fôro italiano*. Ho qualche dubbio però se oggidì, dopo la sua adesione nelle Lezioni citate del 1911-12 alla distinzione fra *debitum* (*Schuld*) e *obligatio* (*Haftung*) il BONFANTE ripeterebbe ancora che qui «diritto di obbligazione non c'è» che «soltanto la confusione del rapporto [giuridico] col diritto può far nascere l'equivoco» mentre «la obbligazione naturale come diritto non esiste»: o se non piuttosto affermerebbe col PACCHIONI, col ROCCO ed altri che qui c'è un vero e proprio *debitum*, bensì scompagnato dalla rispondenza (*obligatio* in senso proprio).

(2) cit. nota nel *Fôro it.*, col. 158.

(3) cit. memoria estr. dalla *Giurispr. italiana*, pag. 7, e cit. nota alle *Istituzioni del Pacifici-Mazzoni*, pag. 19.

vano, lo vedemmo, in Diritto romano i casi di *natura debere*, detti da qualche romanista obbligazioni naturali improprie, inducenti il solo effetto della *soluti retentio*, ma questa nel vero senso della parola, cioè che «la dazione non costituisce donazione: nel pensiero del legislatore pagamento e donazione sono concetti incompatibili» (1). Dopo così esplicita dichiarazione che cosa più rimane dell'incondizionato plauso alle idee fondamentali del GIORGI?

Rimesso così il BONFANTE al suo posto, resta a dire del criterio da lui suggerito per contraddistinguere questo famoso *ens tertium*, che anch'egli dunque finisce coll'ammettere in sè e nelle sue risultanze pratiche, pur impuntandosi a chiamarle non obbligazioni giuridiche, ma obbligazioni sociali, fermamente riconosciute, di carattere patrimoniale (2). Bene e autorevolmente fu osservato che «questo concetto riconduce a qualche cosa di tanto generale ed inafferrabile che finisce per significare ben poco» (3). E rivive il pericolo di frustrare le norme di forma e di sostanza dettate per le donazioni. Ma poi male si esprime l'illustre Autore quando dall'adottato criterio deduce che dunque i casi di obbligazione naturale si devono «ricercare fuori delle disposizioni del Codice». Quest'affermazione ha in sè qualche cosa di pericoloso enunciata com'è, per esempio nelle *Istituzioni di Diritto romano, pure ac simpliciter*, perchè altro è il dire che non si ha da stare ai *soli casi* rintracciabili nel Codice (è pur questa la tesi mia basata sull'invocazione dell'art. 3 Disp. prelim. del Cod. civ. cfr. *supra* n. 25 pag. 117) ed altro il partire quasi dal presupposto che nel Codice non se ne trovino, in pieno sviluppo o almeno in germe.

Veniamo per ultimo alle idee del BRINI, le quali ho detto trasparire già dalla esposta sua trattazione romanistica del tema (v. *supra*, n. 18 *bis*, pag. 97-99). Se al BONFANTE fu possibile riallacciarsi in qualche modo al Diritto romano ravvisando nelle obbligazioni naturali dell'art. 1237 Cod. civ. quelle che d'accordo con tanti altri romanisti egli chiama obbligazioni naturali improprie, nemmeno a tanto potea giungere il BRINI, che si era tagliati tutti i ponti asserendo non aver conosciuto il Diritto romano nessun caso di obbligazione naturale se

---

(1) cit. *Istituz. di Diritto romano*, § 125, pag. 352.

(2) *Ibid.* e cit. nota nel *Foro it.*, col. 157.

(3) V. SCIALOJA, *Lezioni di Dir. romano*, stenograficamente raccolte dal *Dott. Rostaing* (Roma, Lit. Casetti, senza data, ma certo non anteriori al 1898, come risulta da citazioni ivi fatte), pag. 660-661.

non in riguardo ai subbietti (schiavi e figli di famiglia) e che ipotesi di *natura debita*, inducenti soltanto la *soluti retentio*, ripudia, non ammettendo neppure per Diritto romano codesta figura di obbligazioni naturali improprie. Delle quali infatti egli discorre (1), come di false apparenze di obbligazioni soltanto naturali, annoverandole fra i casi di *solutiones costitutive* (diremo presto che cosa egli intenda con quest'ultima espressione). È pertanto conseguenza logicissima di tali premesse ciò che in via di *conclusione* si legge nella memoria del Brini. « Tolta la schiavitù, egli scrive, tolta la *familia*, delle obbligazioni soltanto naturali specifiche nel diritto romano nulla sarebbe rimasto. E dopo, nulla potea rimanere, e io direi che nulla rimase (2) ». Senonchè questa figura giuridica che, cessata la schiavitù, mutato il concetto e l'organamento della famiglia, sarebbe oramai morta e sepolta, dobbiamo dire che eserciti pur sulle menti dei giuristi più severi un fascino potente e quasi un'attrazione nostalgica, se lo stesso Brini accenna, subito dopo, ad una possibile e forse già avvenuta sua resurrezione. Al qual proposito (per la gran difficoltà di riassumerla senza pericolo di travisarne il pensiero) mi si consenta che testualmente io trascriva la pagina finale della dotta memoria: « Nel diritto dopo il romano, e fino a quell'odierno che è da essi diritti, l'antico e l'intermedio, è dal passato, io non voglio ora cercare e osservare se le nuove circostanze via via abbiano offerto materia e occasione a nuove obbligazioni soltanto naturali e specifiche in ragione di uno o altro elemento ed in ispecie fuor dei soggetti. Nè voglio cercare o indagare se a quel diritto odierno, cui le nuove circostanze dell'oggi avviino ad un diritto futuro, od a questo diritto futuro, esse circostanze l'offrano o saranno per offrirlo. Certo è che il lavoro, o come applicato e quale che esso sia e comecchesia a un capitale, o come puro, e questo insino alla vera proprietà intellettuale, è già entrato in un tal movimento, espansivo e ascendente, che può ben riscontrarsi a quello, e supera per l'importanza umana per lo meno quello del commercio delle cose all'inizio dei nuovi tempi postromani. Sicchè come quel commercio allora richiese sin tribunali appositi, che sul portato della nuova realtà, naturale, riconoscessero e svolgessero il diritto pur civile rispondente; così oggi, anche per evitare le azioni e reazioni violente, che ritarderebbero allo stesso lavoro sopra tutto

(1) *Op. cit.*, n. 26 e segg., pag. 225 e segg.
(2) *Op. cit.*, n. 48, pag. 248.

e fra atroci prove comuni il giusto avvento, richiede analoghi mezzi, almeno di periti in giudizio, per simile riconoscimento sopra i dati naturali, il lavoro: anche per esso, come allora pel commercio si proclamava, quasi romanamente, « *levato velo sola facti veritate inspecta ex bono et aequo* »; ed anche per esso, fino ad un suo adeguato assetto nella comune società, nella davvero romanamente « *aequanda libertas* ». Io direi, che proprio oggi si è già a tanto, da ravvisare, che quanto si paghi, se non altro, per una prestazione di lavoro, in suo giusto correspettivo, secondo i dati naturali di fatto e non però oltre essi dati, fuori pure di convenzione o di disposizione testamentaria a ciò, e pure nell'errore di crederlo per atto o per legge dovuto, non si potrebbe ripetere. Il che ad ogni modo si dovrebbe ravvisare per un atto nuovo, ma oneroso, o sol per convenzione conchiusa ed eseguita contestualmente, *re*, dove la volontà sarebbe pur determinata e sorretta da quella base di fatto. Ma più, poco manca non vi si dovesse scorgere che ciò fosse per un'obbligazione soltanto naturale specifica in ragione del suo oggetto, di quella prestazione; nella cui soddisfazione si avesse quindi un mero e proprio pagamento: massime od almeno in concorso con altri concreditori ; e massime od almeno in riguardo a quella parte di personalità, che è nella prestazione di ogni lavoro. Ciò pur giusta una realtà la più mera e pretta di natura. La quale potrebbe e dovrebbe condurre poi quella prestazione, anche nelle dette condizioni, ad un'azione, ma allora cioè per obbligazione legale. Realtà, che non si disconosce, o da cui non si prescinde, o che insomma nella sua linea naturale (naturalità di fatto, oltrechè insieme o prima di ragione) non si viola mai impunemente, non mai cioè senza funesta ingiustizia, giammai senza (bene si ammonì) la sanzione della natura ».

Il plauso che di gran cuore tributo alle nobili idealità di giustizia cui questa pagina si inspira, non va dissociato per parte mia da un compiacimento tutto personale. Questo riconoscere che una evoluzione di fenomeni giuridico-sociali, prossima a compiersi o addirittura già compiuta, porge materia nuova di obbligazioni naturali risponde perfettamente a quanto e nella prima edizione del presente volume e in un anteriore scritto ebbi già a dichiarare e qui ho ripetuto (v. *supra*, n. 22 pag. 109-110) sulla persistente ragion d'essere e sulla futura proficua funzione del nostro istituto. Torna dunque per la finestra ciò che si è voluto cacciar dalla porta ! Ed avverto altresì che un più squisito senso di giustizia commutativa, ch'è proprio quella a cui io ho inteso

di fare appello invocando il *suum cuique tribuere*, informerebbe la vera e propria obbligazione naturale dal BRINI additata in quanto concerne il correspettivo giusto e adeguato di prestazioni di lavoro. Il di più del convenuto dato dal committente, entro i limiti del compenso veramente adeguato, ristabilirebbe l'equilibrio e sarebbe irrepetibile quale adempimento di obbligazione naturale. Postici tuttavia (e potremo non avere difficoltà) su questo terreno, non parrebbe ci fosse bisogno di tutta quella invocazione allo spirito e alle circostanze dei nuovi tempi, nei quali il lavoro ha preso un posto così rilevante. Tratterebbesi infatti di un principio generale da doversi applicare in tutti i contratti bilaterali commutativi. Così nella vendita di cose mobili, dove, per grave che sia la lesione, non è mai dato per legge al venditore il rimedio della rescissione, in quella stessa di immobili quando forte lesione ci sia pur non discendendo il prezzo fin sotto la metà del giusto, il compratore che, assalito dal rimorso di avere abusato delle condizioni del venditore, volontariamente gli desse più del convenuto sì da raggiungere il prezzo giusto o meglio accostarvisi, sarebbe da considerare, mi sembra, alla medesima stregua del conduttor d'opera che al locatore corrispondesse, in condizioni analoghe, una più elevata, e a rigor di contratto non dovuta, mercede.

Accertato con piacere che lo stesso BRINI dal reciso diniego iniziale è passato in fine ad ammettere anch'egli la vitalità del nostro istituto, sia pure rintracciandolo in certe ipotesi da altri (ch'io sappia) non configurate, ma riconducibili pur sempre ai principî che sino alla noia ho difesi, resta a vedere come e perchè egli non vi ricolleghi invece quei casi che più comunemente se ne adducono. Questo egli fa per una od altra delle seguenti ragioni : o perchè ci ravvisa quelle ch'egli chiama *solutiones costitutive*, o perchè ritiene si tratti non di obbligazioni naturali, ma civili, bensì di quelle ch'egli, in contrapposto alle obbligazioni *appieno civili*, vedemmo denominare puramente *civili* o *soltanto civili* (non cioè e naturali e civili ad un tempo).

Sotto la locuzione malpropria di *solutiones costitutive* raggruppa il BRINI, discorrendone bensì in Diritto romano, ma con criterio da applicarsi tuttogiorno, una serie di casi ove « si tratta di convenzioni le quali contestualmente e vengono costituite e vengono eseguite, *re*, che sono riconosciute appieno dal diritto civile (1) ». Vi precede come spinta un'obbligazione naturale *in senso lato* (superfluo rammentare il

(1) *Op. cit.*, n. 26, pag. 225.

significato pel BRINI di cotale espressione, ben diverso dalle obbligazioni naturali specifiche delle quali veramente stiamo trattando) ma in realtà quello che si pone in essere è un atto nuovo a sè, fonte di obbligazione appieno civile. Così è, fra i tanti, nel caso in cui il debitore che si era vittoriosamente schermito con la prescrizione riconosciuta per sentenza, paghi poi l'importo del debito estinto, cosí nel caso che lo faccia dopo la assoluzione per ingiusta sentenza, e via dicendo. E di quest'atto nuovo egli dice altrove, (tenendo pure presente il Diritto odierno) che «non può valere che quale liberalità (1)». Se qui egli si fosse arrestato, io non avrei francamente fatta menzione speciale di cotale teorica, poichè il BRINI (a parte l'aver egli coniata quella non necessaria e poco felice espressione) sarebbe uno dei tanti autori che negano nei predetti casi la preesistenza di un'obbligazione giuridica qualsiasi e però qualificano in essi la dazione non pagamento, ma atto gratuito. Gli è che, proseguendo, egli dichiara: «E soltanto sarà una liberalità, in cui quella volontà medesima del donante ne declina ed esclude così per costui le prerogative e i diritti di donante; liberalità ancora, che per ciò stesso una legge può esimere dalle esigenze di forma delle altre donazioni; e liberalità infine che una legge sempre per tutto ciò, può sino tuttavia, con una facile improprietà di linguaggio ma che non deve illudere, chiamare pagamento». Ora ad onta di queste ultime parole, che parrebbero ribadire l'esclusione del concetto di vero e proprio pagamento, osservo che in realtà si rispecchia per questa parte nelle affermazioni del BRINI quel certo ibridismo che già *prima facie* presenta la formula *solutiones costitutive* di sua creazione. Tutto questo nostro lungo dibattito sulle obbligazioni naturali si riduce, per la pratica importanza, a decidere se l'atto onde si adempiono è vero pagamento o non piuttosto donazione; vie di mezzo non ce ne possono essere. E chi ripudia il concetto di pagamento per adottare quello di liberalità deve dire senz'altro ch'esso soggiace, e per le forme e per la sostanza, alle norme comuni delle donazioni. Invece il BRINI, per quanto è delle forme, o scivola via o fa una dichiarazione superflua dicendo che qui si ha una tal liberalità «che la legge *può esimere* dalle esigenze di forma delle altre donazioni». E quanto alla sostanza, enuncia cosa inaccettabile ove dice che è sì liberalità, ma «liberalità in cui quella volontà medesima del donante ne declina ed esclude così per costui le prerogative

(1) *Ibid.*, n. 48, pag. 248.

e i diritti del donante ». Si ha tutta l'aria di tener così il piè su due staffe desumendo in certo modo dalle circostanze e come in esse implicita una volontà che snaturerebbe, parzialmente almeno, l'atto, in contrasto persino a testuali disposizioni di legge, che di certe prerogative, come p. es. il diritto a chiedere la revoca della donazione per sopravvegnenza di figli, interdice la rinuncia, fin anco se esplicita (Art. 1084 Cod. civ.).

L'altro ordine dei casi che il Brini vuol sottratti al concetto di obbligazioni naturali specifiche sarebbe, ho detto, fornito da quelli in cui egli riscontra invece delle obbligazioni *soltanto* (e non *appieno*) civili. Quivi non tutti e tre gli elementi di qualsiasi obbligazione, la fonte cioè di essa, i soggetti e l'oggetto, hanno lor base in natura e ragione. Ma un d'essi, e precisamente la fonte, è di mera creazione del Diritto positivo; il quale può ben anche non munirla di azione. Tale sarebbe oggidì il caso del debito derivante da giuoco o scommessa. Nell'ordinario giuoco o scommessa, mancando ogni utilità e l'inutile non potendo in ragione e in natura essere tema di verun diritto, manca una vera fonte di obbligazione. Ed a ciò il Diritto romano rimase ligio sì da permettère la ripetizione del pagato per giuoco e scommessa; chè se, non questo concetto di inutilità, ma quello di illiceità avesse animato quel Diritto, esso allora, per la *turpitudo dantis* (giusta il principio romano di cui diremo nel numero successivo), avrebbe negata la ripetizione. Quando adunque un Diritto come il nostro, qui dove ci dovrebb'essere il nulla per difetto di vera fonte naturale e razionale di obbligazione, ammette invece un vincolo produttivo di qualche effetto giuridico (la *soluti retentio* giusta l'Art. 1804 Cod. civ.), concludiamo pure trattarsi di una obbligazione *soltanto civile* nel senso più volte dichiarato (1). Questa idea singolare di obbligazione civile senza azione, proprio in ordine al giuoco e alla scommessa era stata messa innanzi ben prima da altri Autori, quantunque all'appoggio di considerazioni diverse da quelle del Brini. Ora per evitare inutili ripetizioni (mentre è pur così urgente l'uscire una buona volta da questo benedetto tema delle obbligazioni naturali) ne discuterò e col Brini e con gli altri nel numero seguente, dove il tema del giuoco e scommessa troverà particolarmente il suo posto.

30 quater. Non mi si accusi di superflua insistenza o di suscettività eccessiva, se ritorno su cose già esposte nella sezione, accresciuta ora

---

(1) *Op. cit.*, *passim*, ma particolarmente n. 18, pag. 211, e n. 41, pag. 242.

della presente appendice, e ciò per difesa da talune critiche, e a maggiore sviluppo di un punto non dimostrato a sufficienza nella prima edizione.

Non piace al VENZI il criterio, pur da tanti seguito, della virtuale coercibilità del rapporto per giudicare se siamo in presenza di obbligazione naturale, nè gli pare che riesca a meglio concretarlo il principio da me adottato del *suum cuique tribuere*. Quel criterio della coercibilità giudica egli anzitutto «preso di per sè insufficiente; esso non è che la riproduzione del generale criterio discretivo fra morale e diritto» (1). Rispondo che, non già *preso di per sè*, ma bensì nella effettiva valutazione di un *rapporto precostituito* fra le parti il predetto criterio si invoca e si applica, sì da scendere da una astratta delimitazione fra morale e diritto a qualche cosa di realmente concreto, dacchè la struttura della obbligazione in senso proprio effettivamente ricorre. Ed è appunto questa capitale circostanza che suggerisce l'ulteriore determinazione da me accennata. Perchè infatti dove apparentemente concorrono gli elementi di vera e propria obbligazione e tuttavia azione non c'è, rimarrà almeno un'obbligazione naturale se e per quel tanto che dalla negata coazione al rapporto origini di vantaggio economico per una parte a spese dell'altra, dipenda esso dalla permessa inosservanza della fede contrattuale (come nel caso del giuoco e scommessa) o dalla vittoriosa opposizione di una eccezione perentoria (prescrizione fatta valere e simili). Come stabilire, ci oppone il VENZI, il *suum* o il *non suum?* «Evidentemente, egli prosegue, una simile ricerca non può farsi che in base alla legge, la quale sola può dirci se un dato rapporto rientri nell'ordine giuridico» (2). La risposta gliel'ha già data per me il CARBONI opponendogli che non al *suum* determinato dal diritto positivo si allude, che «non in tale stretto significato va assunto il principio, ma in quanto esso è norma generalissima e fonte del diritto» (3). Si parte anzi dal supposto, io soggiungo, che il Diritto positivo non abbia aggiudicato (per una od altra ragione) il *suum* a persona cui sarebbe spettato a rigor di diritto e si dice che allora lo stesso ordinamento giuridico ha nell'obbligazione naturale una specie di lancia di Achille, mercè cui sanare al-

---

(1) Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, pag. 25, nota alle *Istit. del Pacifici-Mazzoni*, vol. cit. pag. 53.

(2) *Loc. cit.* rispettivamente a pag. 29 e a pag. 30.

(3) *Op. cit.*, n. 117, pag. 188.

meno in parte la piaga che esso medesimo ha aperta. In altre parole facendo richiamo al ripetuto principio, sostanzialmente ho inteso dire che la *soluti retentio* per obbligazione naturale si avrà quale rimedio, sia pure languido, nei *casi* e nella *misura* di un eventuale arricchimento, che ingiusto non possa dirsi a termini del Diritto positivo (se no, pur in difetto di altra azione speciale, soccorrerebbe appunto la relativa generica azione (1), ma tale abbia a riguardarsi tuttavia secondo la generale coscienza giuridica. Coscienza giuridica, dico e non sentimento morale, che son cose bene diverse. Tanto che potrà darsi caso in cui il senso morale resti assai più gravemente vulnerato che non in uno di quelli da noi ammessi quale materia di obbligazione naturale e questa tuttavia non ricorra mancando, come un rapporto precostituito, così un vantaggio economico (arricchimento in senso lato) di una parte a carico dell'altra. Ecco perchè quasi *ad abundantiam*, sulla questione se il padre abbia un'obbligaziоne almeno naturale di dotare la figlia che va a marito ho avvalorata la negativa con la inesistenza di un condominio domestico, al quale in forma del tutto ipotetica e dubitativa ho accennato come a un detrito di antico ordinamento familiare che può aver concorso ad ispirare in Diritto romano il precetto di dotare diretto ai padri. Certamente è un obbligo morale quello dei genitori di fare, entro i limiti delle proprie forze, un assegno ai figli che contraggono matrimonio e può ben meritare la generale riprovazione il genitore che senza buone ragioni vi si rifiuti: pur tuttavia, di fronte a quelli che, come il Bonfante, vi ravvisano per ciò una vera e propria obbligazione naturale, ho accentuato la negativa con l'osservare che qui non c'è quell'avvantaggiarsi a spese d'altri che riteniamo indispensabile perchè di obbligazione simile si possa discorrere, e non c'è perchè in fine il padre è, vita durante, il solo assoluto padrone di tutto il suo patrimonio (2). Ecco

---

(1) Sulla quale veggasi particolarmente Scuto, *L'ingiusto arricchimento* (Perugia, Guerra, 1912) *passim*.

(2) Per verità anche su questa affermazione di assoluta padronanza del padre il Venzi ha qualche cosa a ridire. Egli scrive: « Non credo che ciò sia interamente vero (si ricordi ad es. l'istituto della revoca o riduzione delle donazioni e disposizioni testamentarie per lesa legittima) » (loc. cit.). Ma, come si vede, egli trae argomento da istituti attinenti alla successione creditaria; e, poichè *viventis nulla hereditas*, ne rimane avvalorato anzichè contraddetto quanto io scrissi, che cioè *finchè vive* il padre è assoluto padrone e libero dispositore dei beni costituenti il patrimonio. Tanto vero che in vita, se di questa assoluta padronanza lo

tutto: ben sapevo del resto che può aversi una legislazione che imponga ai genitori l'obbligo di dotare, pur non essendovi nemmeno l'ombra di condominio domestico (non aveva io stesso recato l'esempio del Codice austriaco e del cessato Codice delle due Sicilie?) od altra legislazione che per avventura quest'obbligo non imponga pur sussistendovi il condominio, del quale però essa faccia il padre amministratore assoluto. Col rammentarmi tutto questo il VENZI, mi permetta di dirglielo, esce di carrreggiata. Nel primo caso infatti la legge, fonte possibile di obbligazioni *civili*, una ne avrebbe creata in favore del figlio e a carico del genitore, e non ci sarebbe più altro da indagare. Nel secondo invece, ferma com'è pure da noi, la inesistenza di tale obbligazione *civile*, si avvalorerebbe tuttavia di un argomento, che da noi manca affatto, l'assunto di chi vi ravvisasse almeno materia per una obbligazione *naturale* (1).

Oltrechè insufficiente, il criterio della virtuale coercibilità è, a giudizio del VENZI, « indeterminato perchè un rapporto virtualmente coercibile e al quale la legge nega l'azione, è anche *l'obligatio reprobata*

---

si vuol privare, non c'è che procedere all'interdizione o inabilitazione, dato che ne ricorrano gli estremi. Lo stesso VENZI implicitamente più oltre lo riconosce, ammettendo al pari di me che non adempimento di obbligazione naturale, ma donazione è la costituzione di dote nei riguardi della figlia (e badisi bene, senza distinguerne l'entità, dunque anche se tenuissimo ne sia l'importo in confronto al complessivo ammontare della sostanza di preteso condominio domestico). Al quale proposito poi (giacchè siamo a rivederci reciprocamente le buccie anche su punti secondarî) mi permetto notare che la giusta tesi della donazione il VENZI poteva far a meno di confortare invocando l'Art. 1007 (rispettivamente a pag. 44 e a pag. 48) dacchè l'obbligo di conferire la dote (per quelle ragioni di giusto riparto fra discendenti nella divisione dell'asse del comune autore, che ispirano l'istituto della collazione) si incontra pure in legislazioni (Diritto romano, Codice austriaco ecc.) che della paterna costituzione di dote faceano o fanno una obbligazione civile. Cfr. CROME, *op. cit.*, § 3, nota 46 (pag. 27 della traduz. italiana).

(1) Pur rifuggendo per regola dalla casistica, dichiaro, sempre in armonia agli esposti principî, che nemmeno in un caso recentemente deciso dalla Corte d'Appello di Torino sarebbesi dovuto ravvisare l'obbligazione naturale, quantunque le circostanze fossero tali da rendere particolarmente qualificato l'obbligo morale di dotare la figlia. Trattavasi dell'assegno fatto da una madre alla figlia, sedotta in seguito all'abbandono di lei, per provvedere alle spese derivanti dalle conseguenze della seduzione e per darle un collocamento maritandola. Con sentenza 17 gennaio 1913 detta Corte decise aversi in tal caso non donazione ma adempimento di obbligazione naturale. Ma, come avverte benissimo l'ASCOLI in nota a tale senten-

(art. 1119, 1122 Cod. civile)». (1) Potrei sbarazzarmi di questo argomento contrapponendovi un altro passo dello stesso VENZI, là dove, posta l'affermazione che le obbligazioni naturali dalle civili «si distinguono perchè il pagamento non è esigibile davanti ai tribunali», soggiunge subito in nota: «È chiaro che in questo tema non hanno nulla a che fare le obbligazioni *reprobatae* e quelle *sine causa*; anche in queste il pagamento non è esigibile in giustizia, ma per tutt'altra ragione» (2). Ma a ciò non mi fermo e, pur senza impigliarmi per ora nel difficilissimo tema della causa nei contratti, osservo che per l'art. 1104 requisito *essenziale* di un contratto non è una causa in genere, ma «una *causa lecita* per obbligarsi». E però quando si istituisce l'indagine se obbligazione naturale ci sia, pur non essendoci la civile, è già un presupposto la liceità della causa, mancando la quale non s'avrebbe quel rapporto precostituito, quella almeno estrinseca struttura di obbligazione che si vuole come sostrato base. Gli è quando versiamo, a non dubitarne, *in re licita*, che, difettando l'azione, può sorgere il quesito se trattisi di semplice dovere morale o di obbligazione naturale ed è a risolvere *questo dubbio* che il criterio della virtuale coercibilità è invocato.

Campo di applicazione di questi ultimi riflessi porge il tema del giuoco e della scommessa. Quanti infatti (ed è opinione tuttodì dominante, dallo stesso VENZI senza discussione condivisa) parlano qui di obbligazione naturale, non dovrebbero farlo certamente se ammettessero ricorrere tal *causa illecita* che renda assolutamente nulla la convenzione a termini degli art. 1119, 1122 Cod. civile. Ed ecco pertanto altri Autori, che tale illiceità di causa sempre e recisamente riscontrano nel giuoco e scommessa, logicamente dedurne che dunque di obbligazione naturale non vi si dovrà mai far parola. Ma allora come spiegano costoro la *soluti retentio* esplicitamente accordata dal legislatore? La spiegano con un principio proprio del Diritto romano, che sostengono vigente tuttora, che cioè non si dia *condictio indebiti* quando il

za, o la colpa materna era tale da fare sorgere diritto a risarcimento a favore della figlia, [illegible] sedotta in causa dell'abbandono, e allora si trattava di obbligazione civile per fatto illecito, o non ricorrevano di ciò gli estremi e allora la tesi del diniego di obbligazione naturale per quanti al pari di me la sostengono nella massima rimaneva anche nella fatti-specie inalterata. (V. ASCOLI, *Note di giurisprudenza* in *Rivista di Diritto civile*, V (1913), pag. 305-307).

(1) Rispettivamente a pag. 30 e a pag. 37.

(2) Rispettivamente a pag. 23 nota 3 e a pag. 31 nota 1.

non dovuto si prestò per causa turpe e la turpitudine non era da parte solo dell'accipiente, ma o da parte del solo *solvens* o d'entrambi. Nel giuoco ci sarebbe appunto la *turpis causa* per entrambi; «ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus» (l. 3 D. de condict. ob turp. vel iniust. causam 12. 5 di PAOLO) Fra noi il valoroso Collega, Prof. FRANCESCO FERRARA, rifondendo in una recentissima memoria (1) quanto aveva già esposto in precedente pregiata sua opera (2), ma con maggior risolutezza e vivacità polemica, sostiene codesta tesi, pur non accennando, come avrebbe potuto, al consenso che essa trova presso taluni scrittori anche di prim' ordine in Francia (3). Senonchè tutt'altro che pacifica e per Diritto francese e per Diritto italiano è la massima di cui si vorrebbe ravvisare una semplice applicazione nella norma dettata per il giuoco; sicchè il primo e fondamentale assunto del FERRARA, come già del MASSOL in Francia (per non ricordare che uno specialista nel tema delle obbligazioni naturali) quello doveva essere ed è stato realmente, di dimostrare tuttora persistente nelle due legislazioni latine la predetta massima romana, benchè non espressamente in esse ripetuta. Anzi il FERRARA cerca di smontare quello tra gli argomenti avversari che si deduce dal silenzio del Codice (francese e nostro) sulla detta massima col dire che il legislatore, lungi

---

(1) F. FERRARA, *Il pagamento ob turpem causam* in *Studi senesi ecc.*, Vol. XXIX (1913), pag. 219-240.

(2) F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel Cod. civ. italiano* (Milano, Soc. editr. libraria 1902), n. 117-121, pag. 281-295.

(3) Così, fra altri, TAULIER, *Théorie raisonnèe du Code civil*, T. VI (Paris, Delhomme 1847) pag. 493 nota 1, ove si ricrede di quanto avea affermato nel T. IV, pag. 261, ACOLLAS, cit. *Manuel de Dr. civil*, T. III, pag. 537-538, MASSOL, *op. cit.*, pag. 302 e segg., HUC, *Comment. théor. et prat. du Code civil*, T. VII (Paris, Cotillon 1894) n. 239, pag. 320 e T. XI (Paris, Cotillon 1898), n. 33, pag. 421-422, PLANIOL, *op. cit.*, T. II, n. 2110, pag. 666, ed altri citati nel T. II del Trattato *Des obligations* dei sigg. BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE (3ª. edit. Paris, Larose-Tenin 1907) in nota 2 al n. 1666, pag. 761, che sulla questione non si pronunziano rinviando a BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Des contrats aléatoires* (3ª édit. Paris, Larose-Tenin 1907) e questi mettono in dubbio la persistenza odierna dell' invocata massima romana, n. 93 pag. 46 e ad ogni modo ne rifiutano l'applicazione al caso nostro in cui riconoscono una obbligazione naturale, n. 85, pag. 43. Adde JANOLY, *Du jeu et du pari*, pag. 46 e segg. cit. dal MANENTI nella sua elaboratissima appendice alla traduzione del Libro XI Titolo V delle *Pandette* del GLÜCK (Milano Soc. editr. libr. 1903 pag. 585-808), a

dal passarla sotto silenzio, la ha affermata appunto qui, in occasione dei cosidetti debiti di giuoco.

Sulla tesi generale che richiede di per sè sola un assai lungo discorso e presuppone cognizioni da sviluppare in ben altra sede, non è il caso invece ch'io qui mi pronunci. E me ne posso astenere tranquillamente, proponendomi io di dimostrare che, se anche fosse vero l'odierno perdurare della massima « *in pari turpitudine potior est condicio possidentis* », non si potrebbe ad essa allacciare il caso del giuoco e della scommessa, dove la irripetibilità del pagamento discende invece (quanto meno per regola) dal concetto di obbligazione naturale. Buona parte degli argomenti che addurrò contro il FERRARA andrà pure all'indirizzo di coloro che, pure stando con noi in Diritto positivo, riprovano *de iure condendo* questo aver posto il debito di giuoco tra i casi di obbligazione naturale, stando, essi dicono, ai poli opposti l'equità a cui questa si ispira e la immoralità che si dice propria del giuoco. È fra questi il BONFANTE, il quale però farebbe eccezione solo per i giuochi di borsa (1).

A scanso di equivoci, chi scrive queste righe sente il bisogno di premettere ch'egli non nutre certamente simpatia per il giuoco, non escluso, e forse anzi incluso in primissima linea il cosidetto giuoco di borsa, che dà così vivo alimento al pullulare della gente nuova dai subiti guadagni. Tuttavia le facili declamazioni contro l'abuso del giuoco e le tristi sue conseguenze, i voti eventuali per una maggior severità legislativa, se e per quel tanto di fiducia che si abbia nel-

---

pag. 788. Il MANENTI, in questa sua opera, che rimane la più completa sul tema del giuoco e della scommessa nella nostra letteratura giuridica pur dopo la pregevole illustrazione della voce *Giuoco* fatta dal BELOTTI in *Il Digesto italiano*, XII (Torino, Unione 1900-1904), si mantiene fedele alla tesi dell'obbligazione naturale, ma mi pare che pecchi di soverchia asprezza e intemperanza di giudizio quando qualifica « addirittura sciocco e puerile » il fatto di tutti quei giuristi che sostengono la tesi opposta di cui stiamo ora dicendo (pag. 788). Scegliendo finalmente nella fioritura di *thèses de doctorat* sul nostro tema, ricorderò come favorevole a cotesta tesi JONESCO, *Les obligations naturelles* (Paris, Rousseau 1911), pag. 92-95 e contrario invece GUIGOU, *Des obl. naturelles en Dr. rom. et en Dr. français* (Marseille 1893), che presenta inoltre a pag. 232-243 una esposizione particolareggiata delle opinioni dottrinali nelle varie loro sfumature.

(1) BONFANTE, nella cit. nota in *Fôro italiano* del 1893, col. 162 e nella pure cit. II appendice alla traduzione italiana del BAUDRY-LACANTINERIE e COLIN, *Tratt. delle donazioni* ecc., Vol. II, pag. LXV. Conf. pure SIMONCELLI, loc. cit.

l'efficacia delle leggi a migliorare i costumi, sono una cosa ed altra cosa ben diversa la valutazione spassionata di una legge esistente, inquanto la si consideri come il termometro del costume e del sentimento morale dominanti là dov'essa legge è sorta ed impera. Scorgesi allora che la società stessa, che riprova il giuoco d'interesse nei suoi eccessi, suol bollare tuttavia di ignominia chi, dopo di esservisi impegnato, pronto a riscuotere vincendo, perdente invece non paghi. Questi di giuoco soglionsi dire anzi nel comune linguaggio, che rispecchia sempre sentimenti altrettanto comuni, debiti d'onore per eccellenza. E se il legislatore avrebbe troppo concesso a cotal modo di sentire comune, accordando l'azione, siccome taluno arriverebbe persino a proporre (1), ha creduto invece di rendervi temperato omaggio col negare la ripetizione della *posta* volontariamente pagata. Ben dice il MANENTI: « Se di fronte alla coscienza universale degli uomini anche meno onesti e meno civili è disonesto il non pagare un debito di giuoco, a fortiori disonesto sarebbe il pretendere la restituzione di ciò che per un tal debito fosse stato volontariamente pagato. Ora sarebbe assurdo che la legge, lo Stato intervenissero per aiutare a commettere una tale disonestà, specialmente quando si tratta di giuochi non proibiti, concedendo un'azione per tale ripetizione » (2).

Quando poi, come suggello di una secolare tradizione contraria al giuoco, si ricordano dal FERRARA le « diatribe violente », e persino *enfatiche* (com'egli stesso le qualifica) che si leggono contro il giuoco nei lavori preparatori del Codice francese (PORTALIS, DUVEYRIER), io mi permetto di osservargli ch'egli avrebbe dovuto riferire altresì le parole del SIMÉON nel suo Rapporto al Tribunato: « Mais si le joueur plus sevére à lui même que la loi s'est tenu pour obligé: si, fidéle à sa passion et délicat dans son égarement, il a acquitté ce qu'il avait témérairement engagé, il ne sera pas reçu a répéter ce

(1) È in questo senso una memoria di A. DE COURCY, *L'exception de jeu* in *Revue crit. de législat. et de jurisprudence*, T. XIII (1884), pag. 560-567. Egli crede che così ci si avvierebbe a vincere quello ch'egli chiama *le préjugé des dettes d'honneur*, perchè messo questo genere di debiti allo stesso livello di tutti gli altri « le joueur malheureux n'étant plus serré à la gorge par la menace de l'affront, serait moins affolé, moins éperdu... il aurait les ressources de tous les débiteurs embarrassés. Le point d'honneur n'aurait pas de base, comme la déloyauté n'aurait plus d'asile dans la loi » pag. 566.

(2) MANENTI *op. cit.*, §. 36, pag. 788.

qu'il a payé » (1) e avrebbe dovuto più ancora rammentare che il Bigot Préameneu, nel dar ragione della disposizione dell'art. 1235 (corrispondente al nostro 1237), annoverò fra le obbligazioni naturali quelle « dont la cause est trop défavorable pour que l'action soit admise » (2): evidente allusione, come già altri ha notato (3), ai debiti di giuoco. E con ciò non si faceva che seguire il Pothier. Questi nel suo *Traité de jeu* comincia intanto dal dimostrare che in sè e per sè e senza alcun rapporto al fine che si propongono le parti, i contratti di giuoco, compreso quello di pura sorte, nulla contengono di male, purchè le parti liberamente consentano, abbiano la piena disponibilità della somma che mettono come posta, si collochino nel giuoco a parità di condizioni e lo conducano senza soperchierie od inganni (4). Donde egli deduce in seguito, persino in riguardo ai giuochi d'azzardo colpiti di pene, ammende, confische, ch'essi obbligano « *dans le for de la conscience* ;... l'effet de nos lois civiles, qui condamnent les jeux de hasard, est de rendre les joueurs sujets aux amendes qu'elles prononcent: leur effet est de dénier toute action aux promesses qui ont le jeu pour cause. Mais le contrat de jeu, quoiqu'intervenu contre la défense de la loi civile, étant un contrat, qui ne renferme aucune injustice en soi, ne doit pas moins obliger celui qui a perdu, à exécuter son engagement et à payer la somme qu'il a jouée, et ce contrat est une juste cause de l'acquisition que le gagnant fait de cette somme. En effet, c'est une chose qui résiste évidemment à la bonne foi, qu'après vous avoir fait courir le risque de me donner la somme que nous avons jouée ensemble, que je comptais bien recevoir de vous si le sort m'eût été favorable, je refuse de vous la donner, lorsque vous l'avez gagnée » (5). E ulteriormente, pur prospettando l'ipotesi di giuochi proibiti per somme considerevoli : « J'incline à penser que ceux, qui ont perdu, en jouant sur leur parole, à des jeux défendus, des sommes considérables, sont obligés, *dans le for de la conscience*, de les payer, et que celui, qui les a gagnées, n'est pas obligé de les

---

(1) Fenet, XIV, pag. 558.

(2) Fenet, XIII, pag. 264.

(3) Cfr. Baudry Lacantinerie e Barde, *op. e vol. cit.*, n. 1666, pag. 759.

(4) Pothier, *Traité du jeu* nella Raccolta dei suoi *Traités du Droit français*, T. III (Bruxelles, Jonker 1830), n. 3, pag. 298 e n. 8 e segg., pag. 299 e segg.

(5) *Op. cit.*, n. 55, pag. 312.

restituer (1). Nè ho bisogno di ricordare che alle vere e proprie obbligazioni naturali allude il Pothier quando parla di quelle che vincolano nel foro della coscienza (v. *supra*, n. 23, pag. 112); tanto vero ch'egli poi si richiama al suo *Traité des obligations* n. 1, per dire che nell'ipotesi ultimamente configurata di somme ingenti vinte in giuochi proibiti chi se ne è arricchito pecca davanti a Dio, e certo incorre in una di quelle ch'egli, in contrapposto alle vere obbligazioni naturali, ha chiamato, vedemmo, « *obligations imparfaites*, dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu et qui ne donnent à personne aucun droit contre nous » e delle quali egli consiglia di scaricarsi o rendendo le somme ai perdenti o impiegandole in opere pie (2). Il che ho voluto qui soggiungere perchè si rammenti che il Pothier era tutt'altro che uomo di spregiudicata coscienza ed anzi qui, come di continuo nelle sue opere, frammischia dettami della morale e della religione a considerazioni giuridiche. Era tuttavia ben lungi egli, la Ninfa Egeria dei compilatori del Codice Napoleone, dal riscontrare nel giuoco quella causa civile *turpe* per cui la irripetibilità del pagato si dovesse ricondurre sotto la norma « ubi utriusque turpitudo versatur non posse repeti », norma pur da lui riconosciuta nel suo *Traité des obligations* (3). Fra causa vista non di buon occhio, *cause defavorable*, come vedemmo pur detto nei lavori preparatorî del Codice francese, e causa addirittura turpe od illecita ci corre: questa infetta il negozio così da renderlo del tutto nullo, quella spiega la carenza di azione, che non significa ancora nullità radicale di negozio giuridico, il quale appunto rimane in piedi come produttivo per virtù propria di quel più tenue effetto che è la *soluti retentio*.

Ma saremmo noi forse arrivati nella squisitezza del nostro senso morale più in là su questo punto che non si fosse al tempo del Pothier? Potrei augurarlo, ma debbo assolutamente contenderlo in un paese dove il lotto, questa lucrosissima imposta sull'ignoranza delle popolazioni, è istituzione di Stato e dove, non ha guari, si fece con la Legge 20 marzo 1913, n. 272 il passo decisivo per sanzionare non soltanto la *soluti retentio*, ma perfino il diritto all'azione nei giuochi di borsa (4). Per lo meno non si vorrà negare che ogni idea di im-

(1) *Ibid.*, n. 58, pag. 313.

(2) *Ibid.*, pag. 314.

(3) Pothier, cit. *Traité des obligations*, n. 43, pag. 13-14.

(4) Si sa che la Legge sulle tasse di bollo per i contratti di borsa del 13 novembre 1876, n. 3326 (serie II), ordinato l'uso di foglietti bollati, stabiliva al-

moralità esula affatto da quei giuochi di modico interesse che hanno carattere di onesta ricreazione e i quali pure, checchè dica in contrario il FERRARA, rimangono compresi insieme con gli altri nel generico diniego dell'azione stabilita dal Codice (art. 1802, corrispondente all'art. 1965 del Cod. francese). Reputa il FERRARA che ad essi non abbia pensato il legislatore nel dettare la norma in esame, trattandovisi di rapporti che « appartengono più alla sfera della socievolezza che alla sfera giuridica e non battono alle porte dei Tribunali » (1). Io reputo invece che *anche* ad essi (se è vero che *non solo* ad essi) il legislatore francese e il nostro volgessero il pensiero; il POTHIER, la solita guida, aveva pure scritto anche in riguardo ad essi: « les joueurs peuvent bien recevoir honnêtement et licitement les sommes modiques qu'ils ont gagnées en jouant à un petit jeu; mais, quelque permis que soient ces petits jeux, ils ne le sont pas jusqu'au point de donner aux joueurs une action pour poursuivre en justice le paiement des sommes qu'ils y ont gagnées » (2). E della possibilità (per quanto non frequenza) che simili rapporti battano alle porte dei tribunali, come dice il FERRARA, avremmo pure esempî fornitici dalla giurisprudenza specialmente francese, ove si è pur presentato il caso di deci-

---

l'art. 4 che « ai contratti a termine stipulati nelle forme stabilite è concessa azione in giudizio, *anche quando abbiano per oggetto il solo pagamento delle differenze* ». L'eccezione di giuoco faceva tuttavia di frequente capolino con buon successo nella Giurisprudenza. Onde, a tagliar corto a siffatte questioni e rimuovere altresì l'inconveniente che dall'osservanza d'una legge fiscale dipendesse la spettanza dell'azione, scappatoia ai disonesti, che non mancano certo nelle Borse, per non pagare le differenze in difetto di foglietti bollati, la citata recente Legge del 1913 dispose che « le operazioni a termine sopra titoli di credito e valori sono riputate atti di commercio » (art. 47) e che « non è ammessa alcuna azione in giudizio — in dipendenza delle operazioni contemplate dalla presente legge *se non viene previamente provato il soddisfacimento delle tasse ed ammende dovute* ». Dunque (e i lavori preparatori, specialmente le relazioni e discussioni in Senato lo mettono fuori di dubbio) non si fa più dipendere la concessione dell'azione dall'osservanza iniziale della norma fiscale, pur trattandosi di contratti aventi sino *ab initio* per oggetto il solo pagamento delle differenze (vero giuoco, a mio credere (conf. § 764 Cod. civ. germ. e § 513 capov. Cod. svizzero delle obblig., per quanto eminenti scrittori lo contestino o pur non negandolo lo difendano), ma l'interessato può *ex post* pagare le tasse di bollo e relative ammende e con ciò sfugge all'eccezione di giuoco.

(1) Memoria cit. in *Studi senesi*, pag. 255.

(2) POTHIER, cit. *Traité du jeu*, n. 50, pag. 310-311.

dere se certi giuochi a carte, o se il giuoco al bigliardo siano da ascrivere al novero di quelli eccezionalmente muniti d'azione dall'art. 1966 del Codice Napoleone, a cui risponde con poche varianti il nostro art. 1803 (1). (Si pensi a certi tornei scacchistici con premî di notevole rilevanza, dove nemmeno le coscienze più scrupolose possono trovare alcunchè a ridire e dove l'interesse al premio per chi vince può essere tutt'altro che trascurabile).

Resta a dire di un argomento di legislazione comparata che il FERRARA adduce trionfalmente, mentre invece a me sembra si ritorca contro la tesi sua. Premetto che il *Codice civile germanico* al § 817 ha sancita la massima generale che una parte non possa ripetere ciò che ha dato all'altra *ubi utriusque turpitudo versatur* (2). Scrive dunque il FERRARA: il concetto che su questa massima riposi la irripetibilità nel caso del giuoco «riceve una conferma, se si guarda il Codice germanico che ha accolto la dottrina romana della irrepetibilità *ob turpem causam* e che l'applica in due casi: il *prossenetico matrimoniale* ed il *giuoco* (1762). Questo avvicinamento non può essere più istruttivo per rilevare la natura del debito nei due casi» (3). Chiunque crederebbe, leggendo il passo che testualmente ho citato, che in un solo e medesimo articolo, il 1762, quel Codice avesse abbinati i casi del prossenetico matrimoniale e del giuoco. Essi invece stanno in due separate disposizioni a più che cento paragrafi di distanza, quello al § 656, questo al §. 762 (e non 1762 come è indicato per errore di stampa). Mancando dunque l'avvicinamento dei due casi, è pur sempre possibile che l'un d'essi posi su principî diversi dall'altro, sì che per avventura il caso del prossenetico (§ 656) e non invece quello del giuoco (§ 762) sia da ricondursi sotto la norma generale del §. 817. Il vero poi si è che l'uno e l'altro caso, ma in particolare quello del giuoco, sono nella stessa Germania presentati da una diffusa e molto autorevole dottrina non già quali applicazioni del prin-

(1) Veggansi sentenze citate in BAUDRY LACANTINERIE e WAHL, *Op. cit.*, n. 35, 36, pag. 17

(2) § 817 Cod. civ. germ. «War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. *Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt* u. s. w.

(3) Memoria cit., pag. 238.

cipio generale « *in pari turpitudine* etc. » sancito nel § 817, ma proprio come obbligazioni naturali (1); il che è tanto più significante ove si pensi che siamo dinanzi ad una legislazione che, come sappiamo, non ha nemmeno nominato le obbligazioni naturali a differenza della francese e della nostra (v. *supra* n. 22, pag. 107 e pag. 110-111). E tacendo del prossenetico matrimoniale, che a noi qui non interessa, per fermarci soltanto al tema nostro, rilevo che in realtà la tesi del FERRARA è combattuta dai lavori preparatori del Codice germanico, donde si trae che, salvo il caso di giuoco proibito faciente luogo a sanzioni penali (2), il giuoco non è da giudicar nullo quasi fosse negozio contro i buoni costumi (3), ma piuttosto come rapporto obbligatorio imperfetto (*unvollkommenes Schuldverhältniss*, come si legge nei *Motive* alla rubrica marginale di fianco alle parole *nicht verbotenes Spiel*) (4).

E ciò che si è detto del Diritto germanico può ben ripetersi del *Diritto svizzero*. Anche in esso, lo sappiamo, l'art. 66 del Codice delle obbligazioni (75 del precedente) dichiara « Non vi ha luogo a ripetizione di ciò che fu dato intenzionalmente per uno scopo contrario alla legge od ai buoni costumi ». Tuttavia non già a questo articolo, sibbene al concetto di obbligazione naturale, collegano gli autori le disposizioni degli art. 513, 514 (512 e 514 del precedente) che sanciscono il diniego d'azione e la *soluti retentio* nei debiti di giuoco o di scommessa (5), pur essendosi anche qui nel dominio di una legislazione che dell'obbligazione naturale non ha fatta espressa menzione (v. *supra*, n. 22, pag. 107 e pag. 110-111).

---

(1) In questo senso diffusamente KLINGMÜLLER, *op. cit.*, pag. 222-230 e i molti ivi citati.

(2) Dove si invoca la nullità derivante dal principio generale del § 134 « Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, u. s. w. ».

(3) Non è cioè il caso del § 138 : « Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig ».

(4) CH. HAIDLEN, *Bürgerliches Gesetzbuch mit den Motiven u. s. w.* I (Stuttgart, Kohlhammer 1897), sul § 762, pag. 842 : « Es ergiebt sich also ein unvollkommenes Rechtsverhältniss, indem das Gesetz einem nach allgemeinen Grundsätzen an sich gültigen Schuldverhältnisse aus besonderen Gründen die Anerkennung bis auf ein gewisses *residuum* versagt ».

(5) Così in ordine al Codice svizzero delle obbligazioni del 1881 SCHNEIDER e FICK, *op. cit.*, II, sul § 514, n. 1, pag. 700 e in ordine a quello ora vigente ROSSEL, *op. cit.*, pag 565.

Valore speciale, per restare alla legislazione comparata, ha l'insegnamento che si trae dal *Codice austriaco*. Questo Codice, che ha pur dichiarato in tema di locazione d'opere il principio «*in pari turpitudine* ecc.» (1) nega poi, come l'azione, così la ripetizione del pagato in tema di scommesse e di giuochi per ben altre ragioni, chè li dice di regola leciti e fonti di obbligazione (2), la quale i commentatori austriaci chiamano pertanto obbligazione naturale (3).

Può ben dirsi per tuttociò in armonia con i maggiori Codici europei il *Codice civile* della Repubblica orientale dell'*Uruguay*, il quale nel consacrare, come sappiamo, una sezione apposita alle obbligazioni naturali, ne enumera pareschi casi e fra questi pone al nº 5 dell'art. 1402 «las que se derivan de una convencion que reune las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero á las cuales la ley por razon de utilidad general les a denegado toda accion, *como las deudas de juego*». Dove, oltre a tutto, è sancita proprio la tesi nostra, essere cioè noi qui in presenza di un rapporto precostituito, che per se stesso presenta tutti gli estremi del negozio giuridico fonte di obbligazione, ma che la legge per ragioni speciali ha privato dell'azione.

Tesi la quale dunque contrasta all'asserto del Brini che sta al polo opposto del Ferrara, parlando egli qui addirittura di *obbligazione civile senza azione*. A così singolare concetto il Brini, lo vedemmo, è condotto dal credere che si tratti qui di un rapporto di mera

---

(1) Cod. austriaco, §. 1174: «Non può più ripetersi ciò che alcuno ha scientemente dato per l'esecuzione di una cosa impossibile o illecita . . . Può invece ripetersi ciò che per impedire un fatto illecito fu dato alla persona che era per commetterlo.»

(2) Cod. austriaco, § 1271: «Le scommesse fatte in buona fede e altronde lecite obbligano in quanto il prezzo convenuto non solo sia stato promesso, ma realmente pagato o depositato. Il prezzo non può essere domandato giudizialmente». § 1272: «Qualunque giuoco è una specie di scommessa, e si applica quindi anche ai giuochi quanto è determinato per le scommesse. Quali giuochi siano proibiti o generalmente, o a certe classi di persone ed in qual modo debbano punirsi coloro che fanno giuochi proibiti o danno ricetto ai giuocatori, è determinato dalle leggi politiche».

(3) V., fra tanti, Hasenöhrl, *Das österr. Obligationenrecht*, I (Wien, Braumüller 1881), §. 2, pag. 27-28. Schuster von Bonnott, *Grundriss des Obligationenrechts* in *Grundriss des österr. Rechts*, Vol. I, sez. IV (Leipzig, Duncker-Humblot 1899), pag. 74. Krasnopolski, *Oesterr. Obligationenrecht* (Leipzig, Duncker-Humblot 1910), §. 85, pag. 450.

creazione della legge positiva, mentre la *inutilità* del giuoco dovrebbe sottrarlo alla possibilità di formar oggetto di rapporti giuridici. La legge positiva dunque lo crea mentre non c'è alcun sostrato di natura e poi, madre snaturata, lo mutila dell'organo vitale, l'azione! Quanto più naturale invece e quanto più conforme al vero il riconoscere che la legge non lo crea, ma lo trova in *rerum natura* (1) con tutti gli elementi di un ordinario negozio giuridico (soggetti liberamente consenzienti e capaci, oggetto e causa lecita) e per ragioni speciali non gli lascia esplicare l'efficacia dell'obbligazione ordinaria, ma lo fa scendere al grado di obbligazione semplicemente naturale. Io direi aversi qui oggi uno stato di cose analogo a quello del mutuo a figli di famiglia per Diritto romano, dove per verità tutti gli estremi del mutuo concorrevano e tuttavia il senatoconsulto macedoniano, per ragioni di interesse generale, riduceva semplicemente naturale quella che per se stessa si sarebbe detta altrimenti appieno civile. La tesi strana di ***obbligazione civile senza azione*** (ben diversa dal nostro assunto di rapporto che è e rimane ***giuridico***, benchè di azione sprovvisto) era stata ben prima che dal BRINI affacciata da altri, ma per altre ragioni. Così per es. il PONT la aveva asserita, ma tutta l'argomentazione sua si riassume nell'essere pure annoverati il giuoco e la scommessa fra i *contratti aleatori* dal Codice civile, che vi consacra un'apposita serie di articoli (2). Troppo poco in verità per costruire quell'ibrida figura, anzichè porre detti articoli in correlazione con l'altro, pur contenuto nello stesso Codice (1235, capov. Cod. Napoleone, 1237 Cod. nostro), correlazione imposta dal contenuto di quegli articoli (carenza d'azione e *soluti retentio*).

Potrei qui fare punto, avendomi già questo argomento del giuoco (pel bisogno di giustificare la troppo nuda asserzione che feci nella prima edizione) trascinato ben oltre le originarie mie previsioni. Ma reputo ancora doveroso soggiungere che realmente la tesi dell'obbligazione naturale pare meno facilmente sostenibile in quei casi, ma in quei casi soltanto, in cui trattisi di giuochi passibili di pena. Tali sono,

---

(1) Già il PONT, *Des petits contrats etc.* T. I (Paris, Cotillon 18[illegible]) n. 603, pag. 287), aveva notato che il giuoco « même lorsqu' il est intéressé si c'est avec modération, n'a rien de blâmable en soi, *rien qui ne soit dans les fins de la nature* ». Del quale concetto veggasi largo sviluppo in [illegible], *Op. cit.*, pag. 803 e segg.

(2) PONT, *op. cit.*, T. I, n. [illegible], pag. 277-[illegible].

giusta gli art. 484-487 Cod. pen., i giuochi di azzardo in un luogo pubblico o aperto al pubblico. In presenza allora di un reato (sia pur semplice contravvenzione) non sembra più il caso di parlare di un rapporto giuridico visto semplicemente di mal occhio dal legislatore, ma di rapporto avente addirittura causa illecita come contraria ad una proibizione legale avvalorata da pena. E allora sì la *soluti retentio* riposerebbe sulla massima «*in pari turpitudine* ecc.» (1) dato sempre che la si dovesse accogliere (come abbiamo fatto sin qui in via di pura ipotesi) quale massima generale. Chi invece creda codesta massima generale oggidì inammissibile, si troverà di fronte a questo dilemma: o ammettere la ripetizione e così distinguere giuochi da giuochi dove la legge (art. 1804 Cod. civ.) non distingue (2), od applicare anche ai giuochi incriminabili e incriminati la *soluti retentio* genericamente ammessa dall'Art. 1804 (3) e allora dover spiegare perchè il legislatore avrebbe, in materia di giuoco proibito, decampato dal preteso generale principio.

---

(1) Confrontisi BORSARI, cit. *Commentario*, Vol. IV, Parte II, sull'Art. 1804, pag. 87-88, il quale (pure scrivendo in ordine al Codice penale sardo) osserva che ciò che il Codice penale ha inteso colpire «è l'organizzazione delle case di giuoco. Si può tollerare, esentandole da pena, giocate d'azzardo, accidentali, non preparate in un sistema prestabilito, per cui si forma il concorso, l'abitudine, e s'impianta, a così dire, il vizio del giuoco nel popolo». Solo dunque nel caso di *giuoco-reato* dà il BORSARI una ragione diversa dalla normale alla *soluti retentio* dell'Art. 1804. Invece per il MIRABELLI sempre quando si trasmoda nel giuoco, avvenga pure in casa privata, si avrebbe un fatto disonesto. Onde egli conclude che il canone della *soluti retentio* sancito nell'Art. 1804 «è fondato sopra un doppio principio; sopra l'adempimento di una obbligazione naturale se il giuoco siasi contenuto in limiti onesti; e qualora ha trasmodato, sulla necessità di chiudere l'adito dei tribunali a coloro che richieggano la restituzione per un fatto turpe e disonesto». MIRABELLI, *Contratti speciali* nel *Commento al Cod. civ.* del FIORE, Parte XII, Vol. VI, (Napoli, Marghieri 1894) n. 14, pag. 482.

(2) Parrebbe inoltre al BELOTTI, *Op. cit.*, n. 80, pag. 430, inconcepibile assurdo che così i giuochi tollerati, i giuochi non proibiti fossero trattati peggio dei giuochi proibiti e puniti «perchè per i primi in ogni caso non si ammetterebbe la ripetizione del soluto in base all'Art. 1804 Codice civile, per gli altri invece la ripetizione si ammetterebbe!» Su di che tuttavia ci sarebbe a ridire, data la perfetta reciprocanza di posizione fra le parti nel giuoco. Compartecipi all'atto nell'identica misura, non è il caso, mi sembra, di dire che in un caso il giuoco sarebbe trattato meglio e in altro peggio perchè in un caso si avvantaggiasse il vincitore negando la ripetizione e in altro invece il perdente accordandogliela.

(3) Al che per verità non mancherebbe l'appoggio del POTHIER (v. *supra*, pag. 160-161).

CAPITOLO II.

I subbietti dell'obbligazione.

SOMMARIO: 31. Norma fondamentale circa la determinatezza dei subbietti. — 31 *bis*. Breve cenno sulle promesse per pubblici proclami. — 31 *ter*. Breve cenno sui titoli al portatore e sulla questione della loro ammissibilità in materia civile. — 31 *quater*. Determinatezza dei terzi nei contratti validi a loro favore. — 32. Pluralità di subbietti dal lato attivo o dal lato passivo. Rinvio. — 32 *bis*. Mutabilità dei subbietti originari. Rinvio.

31. Già sappiamo che, a differenza dei diritti reali dove s'incontra un subbietto solo, il titolare del diritto, nell'obbligazione abbiamo due parti, creditore e debitore. Le persone del creditore e del debitore devono essere determinate, o almeno determinabili in modo certo. Facciamo questa aggiunta, perchè realmente talora non si può precisare subito o l'una o l'altra di dette persone, dipendendo ciò da una od altra circostanza ben determinata. Il che sarà più frequente nei riguardi del creditore che del debitore. Quanto al debitore potremmo ricordare i casi già altrove discorsi delle obbligazioni reali e degli oneri reali, che con le obbligazioni vere e proprie hanno pur tanta attinenza. Quivi non si può dire a priori chi sarà l'obbligato; se trattisi, p. es., di una servitù di passaggio con l'annesso obbligo nel proprietario del fondo serviente, a tenore del titolo costitutivo, di restaurare, ove occorra, la strada, l'obbligato sarà quella persona qualsiasi che si troverà proprietario del fondo stesso quando l'evento del restauro si presenterà.

Più numerosi saranno i casi nei riguardi del creditore.

Cominciamo a trarne l'esempio dalla materia delle successioni. Giusta l'Art. 830 «è nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia incerta in modo da non poter essere determinata». Dunque è invece valida la disposizione

se la persona sia bensì incerta, ma determinabile in modo sicuro in dipendenza di uno od altro avvenimento. Simile disposizione può essere a titolo universale o a titolo particolare. In questo secondo caso, come se p. es. Tizio dicesse « Lascio il fondo *a* a chi sposerà mia figlia », abbiamo un'obbligazione di cui è noto subito il debitore, ch'è normalmente l'erede, gravato della prestazione dei legati, ignoto ancora il creditore. Un grado minore di indeterminatezza, ma indeterminatezza pur sempre, la si ha nel caso contemplato dall'Art. 834 capov. Il primo comma pone la regola che sia nulla ogni disposizione testamentaria fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo, e ciò perchè altrimenti il testamento non sarebbe più emanazione della volontà del testatore, ma la scelta dell'onorato sarebbe interamente dovuta alla volontà del terzo a cui la si fosse genericamente demandata. Ma il capoverso contiene appunto una deroga a tale regola, statuendo « valida la disposizione a titolo particolare a favore di persona da scegliersi da un terzo fra più persone determinate dal testatore od appartenenti a famiglie o corpi morali da lui determinati; ed è pur valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno fra più corpi morali determinati parimenti dal testatore ». Tiene dunque, p. es., il legato di un fondo (non terrebbe invece l'istituzione di erede) a favore di quella fra le Opere pie di Padova che sarà per scegliere Caio, amico del testatore, non essendo in questo caso illimitato l'arbitrio di Caio, bensì coartata la scelta di lui fra gli enti dal testatore indicati. Ma ecco intanto anche qui (precisamente fino a che Caio abbia fatta la scelta) accertata subito la persona del debitore (chi deve pagare il legato, d'ordinario l'erede) e non ancora quella del creditore.

31 bis. — Altro caso assai notevole e frequente sarebbe dato dalle cosidette *promesse per pubblici proclami*, ove si accolga l'opinione di quelli che ritengono simili promesse per sè stesse obbligatorie. Avviene tuttogiorno di leggere pubblici avvisi, coi quali una persona promette una certa somma a chi gli riporterà un oggetto smarrito, ovvero un Corpo let-

terario o scientifico si obbliga a corrispondere un premio a chi farà una certa scoperta, o presenterà il miglior lavoro sopra un dato argomento, oppure è posta sul capo di un pericoloso delinquente una taglia, consistente in una somma promessa dall'autorità di polizia a chi la metterà sulle traccie di quel malfattore. In questi e simili casi certa sin dall'origine è la persona del promittente, quella del creditore invece si determinerà per via di quel dato fatto, di quella tal prestazione per la quale il premio è promesso. Ma ho detto che così si configura la cosa per quelli che ritengono simili promesse per sè stesse obbligatorie. Senonchè di fronte a questa teoria, che si connette per taluno a quella più generale del SIEGEL (1) e d'altri circa la validità di promesse unilaterali come fonti di obbligazione, mentre per altri costituirebbe una eccezione da accostarsi ai casi di *pollicitatio* del Diritto romano (2), ne sta un'altra che vorrei dire più classica, inquanto rimane

---

(1) SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund* (Berlin, Vahlen 1873), su cui cfr. HOFMANN, *Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbes. der Vertrag, mit Rücksicht auf Siegels Das Versprechen u. s. w.* (Wien, Manz 1874), nonchè WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations* (Paris, Giard 1891). Questa teoria in rapporto al tema di cui stiamo qui particolarmente occupandoci, è seguita fra noi dal LUCCI, *Delle promesse per pubblici proclami* (Napoli, De Angelis 1893), nonchè dal BRUSCHETTINI, *Trattato dei titoli al portatore* (Torino, Bocca 1898), n. 341, pag. 253-255. Sulla teoria generale del SIEGEL non è questo il momento di pronunciarsi: ne rinviamo l'esame a quando discorreremo delle fonti delle obbligazioni.

(2) Così [illegible] OERTEL, *Die Lehre von der Auslobung* (Leipzig, von Veit 1893), § 8, [illegible] pag. 41-48. Alla monografia dell'OERTEL, molto perspicua in un tema che facilmente si presta a nebulose astrazioni, rimando altresì per il [illegible] bibliografico. Vi [illegible] anche una terza teoria, rimasta oggidì a troppo giusta ragione senza seguaci, secondo la quale si avrebbe addirittura nella promessa per pubblici proclami un contratto, senza badare che, come nota il KUNTZE, un contratto con una *incerta persona* è nè più nè meno che una *contradictio in adiecto* (OERTEL, § 7, pag. 35). Veggansi fra i nostri in particolare A. SCIALOJA, *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte d'obbligazione* in *Studii di Diritto privato* (Roma, Lux, 1906), pag. 71-124, che con la ricca bibliografia onde il lavoro si inizia e con le indicazioni speciali al n. 12, pag. 12[illegible] [illegible] l'OERTEL.

ligia al principio fondamentale che vera e propria obbligazione non sorga da una semplice manifestazione unilaterale di volontà. Non si avrebbe più dunque nella promessa per pubblici proclami un'*obbligazione già assunta* sin dal momento della pubblicazione, obbligazione di cui è certo subito il debitore, incerto, ma accertabile in modo sicuro, il creditore; si avrebbe invece una semplice *offerta di contratto* (donde il nome di *Vertragstheorie* in contrapposto alla prima detta *Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts*), offerta rivolta al pubblico o ad una classe di esso, ch'è come dire a persona inderminata; onde l'obbligazione non sorgerebbe subito, ma solo quando l'offerta risulti accettata, e l'accettazione, che serve al tempo stesso ad accertare la persona del creditore, la si avrebbe nell'esecuzione di quel tale fatto per cui il premio fu promesso. Laonde chi segue questa seconda teoria non può più ricondurre il caso in esame sotto il tema di cui stiamo occupandoci, perchè non vi si avrebbe più un esempio di *obbligazione oramai esistente, tuttochè verso persona non determinata,* ma sicuramente determinabile.

La grande importanza pratica del vario modo di concepire la promessa per pubblici proclami (detta dai Tedeschi *Auslobung*) si manifesta specialmente nei riguardi della sua revocabilità. Infatti i seguaci della prima teoria, per cui la promessa è per sè stessa obbligatoria, devono ritenerla irretrattabile dal momento in cui fu pubblicata, benchè in verità non manchino anche fra loro quelli che, con molto dubbia coerenza, sostengono l'opposto (1). Invece regna tra i fautori della seconda teoria piena concordia nel trarne la natural conseguenza della revocabilità (purchè la revoca si faccia con la stessa pubblicità della promessa) fino a che il fatto contemplato nella promessa siasi da taluno compiuto (2). E solo si discute se ed entro quali limiti debba in tale ipotesi il promittente un indennizzo a chi avesse impiegato tempo ed incontrate spese e fatiche lavorando nella mira di conseguire il premio annunciato (3).

(1) Cfr. in proposito OERTEL, *op. cit.*, § 11, pag. [illegible]

(2) Cfr. OERTEL, *op. cit.*, § 11, pag. 76, testo e note 1, 2, 3.

(3) Cfr. OERTEL, *op. cit.*, § 11, pag. 70 e segg.

Questo argomento delle promesse per pubblici proclami, su cui sono muti il Codice austriaco, il Codice francese e quelli compilati sul suo stampo, com'è il nostro, trovasi disciplinato in alcuni Codici civili del tipo germanico. Così il *Landrecht prussiano* (I. Th., 11 Tit., §§ 988-995 inclus.) permetteva a chiunque di stabilire pubbliche ricompense per lavori intellettuali utili od anche per imprese corporali d'interesse generale (§ 988) irretrattabili prima del decorso del tempo determinato (§ 989), e dava in proposito altre norme, come per esempio quella che la proprietà dei lavori presentati dai singoli concorrenti rimanga al loro autore (§ 995). Il *Codice sassone* ne trattava al § 771, fissando sulla questione della revocabilità il principio affatto opposto a quello della legislazione prussiana. Eccone la traduzione: « Promesse unilaterali di un premio o di una mercede ad una indeterminata persona pel caso di una data prestazione, rese note in modo pubblico, obbligano il promittente ove la prestazione sia seguìta. Una tale promessa può essere revocata in un modo ugualmente pubblico sino a tanto che la relativa prestazione non sia seguìta ». Nel vigente *Codice civile germanico* questa materia è disciplinata ai §§ 657-661 inclusive. Sul punto della revoca ecco ciò che dispone il § 658, che traduco: « La promessa (*Auslobung*) può essere rivocata fino al compimento dell'impresa. La revoca è efficace solo se viene resa nota nella stessa forma della promessa, o se ha luogo mediante comunicazione speciale. Si può all'atto della promessa rinunciare alla revocabilità: in dubbio, tale rinunzia è implicita nella fissazione di un termine per l'esecuzione dell'impresa ». I Motivi del Codice stesso si sforzano a conciliare la revocabilità colla teoria della pollicitazione (volontà unilaterale obbligatoria) sulla quale pur sostengono basata l'*Auslobung* secondo il Codice stesso (1). Comunque, se si considera che il § 661 esige, pena nullità, che nelle promesse consistenti in concorsi a premî venga fissato un termine pel concorso, appare chiaro come venga immensamente a restringersi il campo di simili promesse revocabili, dacchè vedemmo che nella fissazione appunto di un termine si presume implicita la rinunzia alla facoltà di revoca. — Anche pel Codice germanico la proprietà dell'opera resta al concorrente se nell'avviso di concorso non fu altrimenti disposto (§ 661 ult. capov.). Ricordo per ultimo l'Art. 8 del nuovo *Codice federale svizzero delle*

---

(1) Cfr. HAIDLEN, *Bürgerliches Gesetzbuch u. s. w.* I Bd. (Stuttgart, Kohlhammer 1897), sui §§ 657, 658, pag. 733-739.

obbligazioni, il quale, colmando una lacuna del precedente, dispone: « Chi mediante concorso o manifesto offre pubblicamente per una data prestazione una ricompensa, deve corrispondere la stessa conformemente all'offerta. — Se recede prima che la prestazione sia avvenuta, egli deve corrispondere a coloro, che furono in buona fede indotti dalla pubblicazione a fare delle spese, una indennità fino al massimo della ricompensa offerta, in quanto non provi che essi non avrebbero potuto effettuare la prestazione ».

31 ter. Entrerebbe finalmente nell'ordine d'idee di cui stiamo occupandoci la figura dei titoli al portatore secondo talune delle tante teoriche che pullularono nella dottrina intorno alla loro costruzione giuridica (1). Alludo a teoriche le quali, o fondino l'obbligazione derivante da siffatti titoli sul contratto o piuttosto sopra una manifestazione unilaterale di volontà, convengono però in questo, che il diritto del portatore non è già un diritto derivatogli, per un tramite più o meno lungo, dal primo prenditore, ma invece diretto e di per sè stante. Ed ecco allora che la persona del creditore *finale (unico* anzi nella teoria della *pendenza*, secondo la quale prima che il titolo pervenga all'ultimo possessore nessun diritto di credito sarebbe realmente sorto, quantunque l'obbligazione del debitore fosse di già completa ed irrevocabile (2)), non si presenta de-

(1) Se ne può vedere un'ampia esposizione in BRUSCHETTINI, *op. cit.*, n. 207 e seg., pag. 204 e segg. e più recentemente in ARCANGELI, *Sulla teoria dei titoli di credito* ecc. in *Rivista di Diritto commerciale*, VIII (1910), parte I, fasc. 3°, 5° e 6° e in A. BRUNETTI, *I titoli di credito nel Diritto italiano* (Milano, Vallardi 1911). In particolare sulla teoria cosidetta della *pendenza*, anche a rettifica del BRUSCHETTINI che la pone senz'altro fra le contrattuali, mentr'è pur compatibile con le teorie unilaterali, e realmente adottata da più d'uno dei sostenitori di esse, veggasi NAVARRINI, *La teoria della pendenza (Pendenztheorie) e i titoli di credito* nel periodico *Il Diritto commerciale*, Vol. XV (Pisa, 1897), col. 822-844 e BONELLI, *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*, in *Giur. it.* del 1897, IV, col. 2 e segg., *Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare nei titoli di credito*, in *Rivista di Dir. comm.* del 1904, I, 185-201, *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito*, nella stessa *Rivista* del 1908, I, 513-549.

(2) NAVARRINI, *loc. cit.* col. 832.

terminata *ab origine*, e tuttavia rimane valida l'obbligazione per essere certo il modo onde verrà poi a determinarsi. Si ha qui un caso inverso a quello che presentano le *obligationes ob rem*. In queste è determinata la persona del creditore e dal possesso della cosa dipende si determini quella del debitore. Nel caso nostro invece è determinata la persona del debitore (es. la Banca emittente) e dipende dal possesso della cosa, cioè del titolo, la determinazione del creditore.

Credo opportune poche parole di schiarimento, per quanto attinenti a concetti elementari. Potrà dire taluno che non vi ha nulla di speciale in ciò che testè si è notato, mentre in qualsiasi obbligazione il debitore originario non sa quale sarà la persona che definitivamente, cioè alla scadenza, egli si troverà di fronte qual creditore, e ciò perchè è generale principio che i crediti si possano cedere. Va bene, io rispondo, ma la differenza fra i due casi è immensa. Lasciamo stare intanto che la cessione, perchè abbia effetto verso i terzi, va notificata al debitore ceduto o deve essere da lui accettata con atto autentico (Art. 1539), mentre invece il titolo al portatore passa da una mano all'altra senza bisogno di queste formalità, che, inceppandone il movimento, gli toglierebbero la sua ragion d'essere. Lasciamo stare, dico, questa differenza, perchè si potrebbe dire che in fondo essa concerne solo la forma onde la cessione si effettua. Fermiamoci invece ad una rilevante diversità sostanziale, per effetto della quale non è assolutamente più permesso di asserire che nella circolazione del titolo al portatore non si abbia che una serie di cessioni di credito con forme più spedite. Quando si tratta della normale cessione di un credito, il debitore ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che poteva opporre al cedente, originario suo creditore: così, p. es., può invocare la compensazione del proprio debito con crediti che a sua volta professava in confronto del cedente *anteriormente* alla notificazione della cessione. Solo se fosse intervenuto ad accettare senza condizione o riserva la cessione, non potrebbe il debitore ceduto invocare simile compensazione in confronto del cessionario (Art. 1291). Essendo sempre lo stesso il credito, esso passa dal cedente al cessionario colle sue qualità buone e cattive, e quindi passibile presso l'avente causa di quelle stesse eccezioni a cui era esposto presso l'autore di lui (il cedente). Nulla di ciò invece trattandosi di titolo al portatore. Va bene che in origine si trovano anche qui di fronte due

persone determinate, ad es. la Banca emittente e il primo prenditore, ma quando poi questi mette il titolo in circolazione, chi lo acquista non si considera nei riguardi della Banca come un avente causa di lui, essendosi la Banca impegnata (ecco la nota caratteristica) a considerare come creditore *ex se* e non *ex persona cedentis* quel qualunque che le si presenterà col titolo alla mano, al quale pertanto essa non potrà opporre per nulla le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'originario prenditore del titolo. Ecco dunque, per riassumere, come questa figura del titolo al portatore (1) entri nell'argomento di cui stiamo trattando. Essendo cioè il vincolo obbligatorio fra il debitore e quella persona qualsiasi, che si presenterà in un dato momento quale portatore del titolo, considerato come un vincolo avente vita sua propria, indipendente e distinta dagli antecedenti trapassi, attraverso i quali è giunto nelle mani di quel portatore, possiamo ben dire che si ha qui pure un'obbligazione ove il debitore è determinato, fin dal suo sorgere, ma non così il creditore, determinabile però in modo certo.

Non sembri ora digressione inutile l'accennare, a proposito dei titoli al portatore, alla dibattuta questione se siano da ammettersi in materia civile (2). Accennarvi, dico, e non più, per non divagar troppo

(1) E la cosa potrebbe estendersi ad altri titoli circolanti. Cfr. la magistrale trattazione del VIVANTE, *Trattato di Dir. Commerc.*, Vol. III, 3ª. ediz. (Milano, Vallardi) § 77 e segg., pag. 153 e segg., ma specialmente al n. 982, pag. 190-191.

(2) Stanno per la negativa nella nostra dottrina *civilistica* GABBA, *Quistioni di Diritto civile* Vol. II, *Diritto creditario e Diritto delle obbligazioni* (Torino, Bocca 1898), pag. 129-155. CHIRONI, *Il titolo al portatore nella recente giurisprudenza italiana* in *Giurisprudenza italiana (Bettini)* del 1892, Parte IV, col. 129-152, FERRINI, cit. v. *Obbligazione* in *Enciclopedia giuridica it.*, Vol XII, parte I, n. 381, pag. 393-394; per l'affermativa invece GIORGI, nota a Sent. 31 Dicembre 1891 della Cassazione romana in *Foro ital.*, XVII (1892) I, col. 1 e segg. e cit. *Teoria delle obbligazioni*, Vol. VI (7ª, ediz. del 1910) n. 254 e segg., pag. 356 e segg., COGLIOLO, *Validità dei titoli al portatore emessi da privati secondo il Diritto civile italiano* in *Monitore dei Tribunali*, Vol. XXXII (1891), pag. 869-871, F. SERAFINI, *nota a Sent. 31 Dicembre 1891 della Cass. di Roma in Giur. it.*, XLIV (1892) I, 1, col. 83-88, VENZI, *op. e vol. cit.*, pag. 84-88, CARBONI *op. cit.*, n. 72-75 inclus., pag. 123-125. I *commercialisti* poi sono, per quanto io so, concordi in questo senso; veggansi per tutti VIDARI, *Corso di Dir. commerciale*, Vol. III (5ª ediz. Milano, Hoepli 1902), n. 2082-2086, pag.

con anticipazione di concetti che avranno altrove opportuna sede. Nella prima edizione del presente volume io dichiarai che la negativa più mi persuadeva per le seguenti ragioni principali. Non si deve confondere, io diceva, la questione *de lege ferenda* con quella *de lege lata*. Va benissimo cioè il riconoscere i vantaggi che per la speditezza delle negoziazioni presenterebbero questi titoli (benchè la medaglia abbia anche qui il suo rovescio, e i pericoli non manchino), ma ciò potrà indurre il giurista a far voti perchè la legislazione li ammetta sull'esempio di più d'una legislazione forestiera. Noi invece dobbiamo qui far opera di interpreti della legge esistente e vedere se, nel suo silenzio in argomento, da tutto l'assieme dei principî che la informano si possa dedurre l'ammissibilità attuale di questa maniera di obbligarsi civilmente. Orbene, che cosa troviamo quando ci si pone su questo terreno? Che nemmeno nel Diritto commerciale, dove pure predominano quelle ragioni della speditezza ed agevolazione di forma, può dirsi illimitatamente ammessa questa forma di obbligazione. La cambiale, ad esempio, titolo commerciale per eccellenza, non può stilarsi al portatore (Art. 251 Cod. comm., che fra i requisiti essenziali di essa pone al n. 3 l'indicazione della persona del prenditore). Prendiamo poi l'Art. 707 del Codice civile. Esso, coll'agguagliare i titoli al portatore alle cose mobili per natura quanto al principio che il possesso di buona fede vale titolo, mostra di avere accolto il concetto della *incorporazione* del credito nel titolo. Ora è veramente una eccezione fatta ai principî generali del Diritto, che il documento di un credito possa avere altro effetto che quello di prova del credito stesso. E però noi non la potremo ammettere siffatta eccezione fuori dei casi in cui la abbia esplicitamente accolta il legislatore. Aggiungeva inoltre, sulle traccie del CHIRONI, un argomento desumibile da precedenti storici. In Francia un Editto del 1716 pronunciò il divieto dei titoli al portatore, divieto che poi fu tolto *pei soli commercianti* con altro Editto del 1721. Egual restrizione fu ordinata più tardi nel Regno di Sardegna (RR. Costituzioni del 1770 e Editto per la Sardegna del 30 Agosto 1770). Consci di siffatti precedenti, è presumibile che se gli autori del Codice francese e quelli del Codice nostro avessero inteso di scostarsene, lo avrebbero espressa-

---

8-11; VIVANTE, *op. e vol. cit.*, n. 1441, pag. 639-640; BRUSCHETTINI, *op. cit.*, n. 337-347 inclus., pag. 249-260. È questa pure la tesi dominante nella giurisprudenza, largamente riferita nei più recenti fra i lavori citati.

mente dichiarato (1). L'eccezionalità di questa figura giuridica, da doversi ammettere dunque nei soli casi apertamente dichiarati dal legislatore, par comprovata altresì dagli infiniti dibattiti che si fanno nella dottrina per darne una esatta costruzione giuridica. Certo però che tale eccezionalità appare minore a coloro che seguono il concetto del SIEGEL, che cioè la volontà possa obbligare efficacemente sè stessa indipendentemente da altra persona in confronto a cui il vincolo si contragga, e questo concetto ritengono accolto anche dalla nostra legislazione positiva. Per costoro i titoli al portatore non sarebbero che uno dei tanti casi di applicazione di questo principio generale (2) e però è naturale li ammettano senz'altro anche in materia civile. Ma, come ho fatto già a proposito delle promesse per pubblici proclami, a questo punto io dichiarava di arrestarmi riservandone la discussione al Titolo in cui si tratterà delle cause o fonti delle obbligazioni.

Ora, ferma sempre cotal riserva, è mio dovere avvertire che, rimeditando sul tema, la mia opinione negativa si è scossa. Se la figura del titolo al portatore fosse qualche cosa in sè e per sè di aberrante dai principî fondamentali per ciò che riguarda i subbietti e la determinatezza loro nelle obbligazioni, non si dovrebbe poterne parlare nè in commerciale nè in civile, per ciò, che gli *essentialia negotii* hanno ad essere necessariamente comuni in tutto il campo del Diritto privato. Una volta accolti, come non repugnanti a questi *essentialia negotii* in commerciale, nulla concettualmente si oppone a che titoli al portatore si emettano pure in civile. Nel quale dunque il silenzio del Codice non può di per sè solo significare condanna. Chi si sognerebbe, per esempio, di bandire dal sistema del nostro Diritto civile le promesse per pubblici proclami, di uso tanto frequente, sol perchè il Codice ne tace? Eppure lì, si noti, non si avrebbe nemmeno l'appoggio che nel tema

---

(1) Queste indicazioni storiche fornite dal CHIRONI sono quanto al Diritto francese comprovate dal POTHIER, *Traité du contrat de change*, n. 224 (*Oeuvres* II, Bruxelles, Jonker 1830), pag. 289 e Comm. alla *Coutume d'Orléans*, Art. 432 nota 1 (*Oeuvres*, VII, Bruxelles, Jonker 1833), pag. 501. Quelle relative alla Sardegna sono tratte dall'AZUNI, *Dizionario della giurisprudenza mercantile* (3ª ediz., Livorno, Vignozzi 1834) vº. *Pagherò*, § 4, pag. 867-868, ma mi pare si riferiscano propriamente a *biglietti all'ordine*. Certo però che se ne può argomentare *a fortiori* per quelli al portatore.

(2) Così, fra noi, BRUSCHETTINI e, fra i più recenti, CARBONI, nei luoghi indicati alla penultima nota.

nostro somministra il fatto dell'essere l'istituto ricordato in uno dei due Codici di Diritto privato, pur tacendone l'altro. Chè se di un titolo commerciale per eccellenza, la cambiale, non è permessa la forma al portatore, sarà il caso di dire che l'eccezione conferma la regola in tutti i casi non eccepiti; e ciò a prescindere dalle gravi dubbiezze che si ebbero in proposito nella preparazione del Codice di commercio parendo allora a molti, come a molti pare tuttoggi, preferibile il sistema di legislazioni che ammettono cambiali al portatore. Nè è questo il luogo di discutere la bontà delle particolari ragioni che si adducono a sostegno del divieto trattandosi di titoli cambiarî. Quanto più significante non è invece il fatto che può sempre emettersi al portatore il *check* o assegno bancario (art. 340, 1° capov. Cod. comm.)! Significantissimo, come notò per la prima, ch'io sappia, la Cassazione di Roma (1), ove si consideri che l'assegno non avente causa commerciale è atto civile rispetto all'emittente non commerciante (art. 6, capov. Cod. comm.). Di fronte anzi a questo testuale esempio di obbligazione civile al portatore l'illustre BOLAFFIO ebbe a dichiarare persino accademica la presente questione (2). Per lo meno esso ha tal peso da paralizzare quello che il CHIRONI deduce da precedenti storici. — Non mi fermo sovra altro degli argomenti che si adducono *ex adverso*, della inconciliabilità cioè di codesti titoli con le norme sulla cessione dei crediti degli Art. 1538 e segg., parendomi evidente ch'esso racchiude una petizione di principio. Finalmente contro i pericoli di un uso irrefrenato di simili titoli, sarà il caso qui sì di parlare in via di *lege ferenda* augurando che sull'esempio di legislazioni straniere (3) si fissino opportuni limiti.

---

(1) Sentenza 1 Febbraio 1898, (causa Gulinelli-Penzo) in *Foro italiano*, XXIII (1898), I, col. 191.

(2) BOLAFFIO, nota a Sent. 3 aprile 1901 della Corte d'appello di Trani in *Giurisprud. italiana*, Vol. LIII (1901) parte I, sez. II, pag. 496. Ma il VENZI crede di poter sminuire il valore dell'argomento notando che siamo pur sempre in un caso attinente a *materia commerciale*; essendo l'atto commerciale per una delle parti (il banchiere) entra in campo l'art. 54 del Codice comm. relativo agli atti di commercio misti.

(3) Si confrontino il *Codice svizzero delle obbligazioni* (vecchio e nuovo), art. 846 per la ammissibilità generica di titoli al portatore e per opportuni vincoli il *Codice sassone* §§ 793 e 1040 e *Codice civ. germanico*, §§ 793 e 795. Anche per la vigente nostra legislazione del resto di certi titoli al portatore (come biglietti

31 quater. Il principio che non occorra la immediata determinazione dei subbietti, bastando che possano poi determinarsi in modo certo, va esteso anche ai terzi in cui favore si contratti nei casi in cui (art. 1128 Cod. civ.) tiene simil contratto. Ciò disconobbe la Corte di Appello di Firenze in una fattispecie nella quale l'acquirente di un'azienda commerciale si era accollato tutti gli oneri e debiti sorti comunque « *in dipendenza e relazione dell'azienda ceduta.* ».(1) Disse la Corte che qui i terzi (cioè i creditori del cedente l'azienda accollatisi dal cessionario) non erano determinati *individualmente.* Ma in verità nei patti contrattuali vi erano i dati precisi necessari, ma altresì sufficienti, per provvedere a siffatta determinazione.

32. Tanto sulla determinatezza dei subbietti. È quasi superfluo l'indicare che in relazione ad un medesimo negozio giuridico la stessa persona può darsi assuma veste di creditrice e di debitrice. Ciò avviene nei contratti bilaterali, quando cioè i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri (Art. 1099), com'è il caso della compravendita, della locazione e simili. Fermiamoci piuttosto a discorrere, sia pure brevemente, della *pluralità dei subbietti* possibile dal lato attivo o dal lato passivo.

Anzichè un'obbligazione con un solo creditore ed un solo debitore, può darsi il caso di obbligazione nella quale o da una parte o dall'altra o da entrambe siano più i subbietti. Allora in materia civile la regola è data dal principio *concursu partes fiunt.* Fra i varî partecipanti l'obbligazione attivamente o passivamente si fraziona, tanto che solo in apparenza si ha un'obbligazione sola, in sostanza sono, assieme congiunte, tante obbligazioni quanti i subbietti. Onde il nome che questa figura giuridica assume di *obbligazione multipla con-*

---

di banca, ed altri titoli equivalenti per la funzione di fare le veci del danaro, cartelle fondiarie ecc.) è vietata la emissione a chi non ne abbia ottenuta per legge la facoltà, su di che diffusamente GIORGI *op. e vol. cit.*, n. 254, pag. 356-358. Una opportuna cautela consiglia il VIVANTE, *loc. cit.*

(1) Sentenza del 9 luglio 1910, riferita dalla *Rivista di Diritto commerciale*, IX (1911), parte II, pag. 66 e segg., con nota in senso contrario del PACCHIONI.

giunta, od anche semplicemente *congiunta*. La pluralità di subbietti attivi o passivi può essere *originaria* (come se io e Tizio prestiamo assieme con un solo atto una data somma a Caio, o assieme la mutuiamo da lui), ovvero *successiva*, e quest'ultima può derivare da atto tra vivi o da successione ereditaria. Da atto tra vivi: esempio, esiste un'obbligazione fra Tizio e Caio, e mediante novazione si sostituiscono più persone o all'uno o all'altro, cioè più creditori ad uno solo o più debitori ad un debitore unico. Da successione ereditaria: quando all'eredità di una persona più persone concorrano. In quest'ultimo caso le parti in cui si frazionano *ipso iure* crediti e debiti ereditarî fra coeredi sono proporzionali alla loro quota ereditaria (Art. 1027, 1204 capov.) In tutti gli altri casi sino a prova in contrario si presume uguale la quota incombente o spettante a ciascuno.

Senonchè alcune volte o per legge, o per volontà degli autori dell'atto, o per la qualità della prestazione, il rapporto giuridicamente si configura in modo che, più essendo i soggetti o dal lato attivo o dal lato passivo, non si divida la prestazione per parti, ma la si possa chiedere nella sua totalità o da uno solo fra i più creditori o ad uno solo fra i più debitori, con questo però che, adempiuta una volta, l'obbligazione è estinta. Ho detto che ciò può dipendere dalla qualità della prestazione: la cosa è allora possibile sia dal lato attivo, sia dal lato passivo, e si ha la figura giuridica delle *obbligazioni indivisibili*. Trattisi p. es. dell'obbligazione di costituire una servitù di passaggio o di esibire un documento. Siamo allora di fronte a prestazioni che di loro natura *pro parte expediri non possunt*, per usare un'espressione contenuta nella l. 25, § 15 D. fam. ercisc. 10, 2. Se dunque siamo più comproprietarî del fondo in cui favore la servitù di passaggio deve costituirsi, uno qualunque di noi sarà autorizzato a citare, per la costituzione *integrale* della servitù, cioè per l'adempimento pieno dell'obbligo in questione, il proprietario del fondo su cui il passaggio deve istituirsi. E se viceversa sono più comproprietarî di questo fondo ai quali incombe la

obbligazione di costituire tale passaggio a favore del fondo mio, io potrò all'uopo citare uno qualunque di essi, e sempre per l'integrale soddisfacimento, perchè la natura della prestazione si ribella al frazionamento: sarebbe infatti ridicolo il parlare di passaggio costituitomi per una frazione, un terzo, un quarto, e simili. Abbiamo soggiunto che, anzichè dalla qualità della prestazione (in sè o pel modo onde la considerarono gli interessati) la eccezione alla regola *concursu partes fiunt* può derivare dalla volontà degli autori dell'atto o dalla legge. Con ciò si allude particolarmente alle *obbligazioni solidali*. Si parla di *solidarietà attiva* quando più sono i creditori, a ciascuno dei quali il titolo (contratto o testamento) espressamente attribuisce il diritto di chiedere il pagamento dell'intero credito, con questo però che il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore, e ciò anche se il benefizio dell'obbligazione sia suscettibile di divisione fra i varî creditori (Art. 1184). Emerge intanto da questa nozione che la solidarietà attiva non può emanare dalla legge, ma solo dalla volontà delle parti contraenti, o dalla volontà del disponente se è dal testamento che l'obbligazione trae origine. Si ha invece *solidarietà passiva* quando sono più i debitori obbligati o per virtù di legge o per volontà dell'uomo (dei contraenti cioè o del testatore) ad una medesima prestazione in modo tale, che ciascuno possa esser costretto al pagamento per la totalità, con questo però, che il pagamento eseguito da uno solo liberi gli altri verso il creditore. Ciò risulta dal combinato disposto degli Art. 1186, 1188, completati col tener presente il caso di obbligazione che da testamento derivi. Intanto osservo che, a differenza della solidarietà attiva, la passiva può originare dalla legge. Valga ad es. l'Art. 1156, così concepito: « Se il delitto o quasi delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato ». All'infuori di questo o simili casi in cui vi è un testo apposito che la sancisce, vale per le negoziazioni civili la regola che la solidarietà passiva non si ammetta se non è in esse espressamente stabilita (Art. 1188). Affatto opposta

è la regola in materia mercantile, disponendo l'Art. 40 del Codice di commercio quanto segue: « Nelle obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido, se non vi è convenzione contraria. La stessa presunzione ha luogo per il fideiussore anche non commerciante, che garantisce una obbligazione commerciale. Essa non si estende ai non commercianti per le contrattazioni che rispetto ad essi non sono atti di commercio ». (Vi hanno poi nello stesso Diritto commerciale dei casi, nei quali la solidarietà è *assolutamente* stabilita dalla legge e non semplicemente presunta *iuris*, p. es. fra soci, fra sottoscrittori di una cambiale od altro titolo all'ordine, ecc.) Sicchè, bene osserva il BOLAFFIO, « mentre nelle materie civili, ove la solidarietà non sia stata espressamente pattuita, la molteplicità dei condebitori toglie efficacia al rapporto per la maggior probabilità che taluno di essi, diventando insolvente, non paghi la parte che gli spetta e sia pel creditore perduta, nelle materie commerciali quanti più sono i debitori e tanto più è afforzata la fiducia che l'obbligazione sarà soddisfatta, perchè ciascuno d'essi è tenuto all'integrale prestazione del medesimo oggetto (cosa o danaro) » (1).

Ma non è questo il momento di addentrarsi in siffatta materia. Delle obbligazioni solidali e delle indivisibili si dirà a lungo altrove. Qui bastava accennarvi a proposito della pluralità di subbietti attivi e passivi, come ad eccezioni possibili della massima fondamentale *concursu partes fiunt*.

32 bis. Parimenti di un rinvio ad altra sede, in conformità al piano di trattazione che verrà esposto al n. 53, dobbiamo per ora appagarci in ordine ad un principio che abbiamo sottinteso in più punti del presente capitolo, quello cioè della *mutabilità dei subbietti originari* fermo restando il vincolo quale è sorto *ab initio*. Nel che si compendia il concetto di *successione*. Si

---

(1) BOLAFFIO, *Saggio di una teoria generale dei contratti commerciali secondo il Diritto positivo italiano* (Milano, Vallardi 1893), pag. 30. Su questo ottimo lavoro cfr. una mia recensione in *Monitore dei tribunali*, XXXV (1894), pag. 119-120.

dirà allora della trasmissione delle obbligazioni che, e attivamente e passivamente, è possibile a titolo universale (1) di quella a titolo particolare dei crediti, indiscussa e indiscutibile nel nostro Diritto positivo, e di quella a titolo particolare dei debiti, onde è cenno in legislazioni forestiere ma non nella nostra. (2) Trattarne ora qui significherebbe capovolgere l'ordine logico sistematico della nostra esposizione.

Capitolo III.

L'oggetto dell'obbligazione.

Sommario: 33. Partizione del Capitolo in due Sezioni.

33. L'ampiezza della materia, a cui il presente Capitolo si riferisce, ne consiglia la divisione in due Sezioni, la prima delle quali, premesse alcune generalità, tratterà specialmente dei caratteri indefettibili nell'oggetto di qualsiasi obbligazione, mentre nella seconda si farà parola di talune specie di obbligazioni qualificate dalla natura peculiare del loro oggetto, quali sono particolarmente le obbligazioni alternative, le generiche e i debiti pecuniarî.

---

(1) Sul tema va segnalata sin d'ora nella nostra letteratura giuridica l'opera del Nicotra, *La trasmissione delle obbligazioni a titolo universale* (Napoli, Marghieri 1904).

(2) E qui sin d'ora rimando, per la patria letteratura, all'eccellente opera del lagrimatissimo Collega Nicola Coviello, *La successione ne' debiti a titolo particolare* (estr. dall'*Archivio giuridico*, Vol. LVI, LVII, Bologna, Garagnani 1896). Nè debbo tacere come di recente se ne sia occupato il Pacchioni a proposito di nuovi lavori tedeschi. È questo anzi uno dei temi nei quali egli fa giuocare una parte rilevante alla distinzione fra *debitùm e obligatio* tanto accarezzata da questo valoroso nostro romanista. V. Pacchioni, *La successione singolare nei debiti*, in *Rivista del Dir. commerciale*, IX (1911), parte I, pag. 1046 e segg.. e XI (1913) parte I, pag 82 e segg., occasionati da monografie dello Strohal e del Knoke.

SEZIONE I.

Generalità e caratteri essenziali dell'oggetto dell'obbligazione.

SOMMARIO: 34. La prestazione come oggetto immediato del rapporto obbligatorio: distinzione dall'oggetto mediato. — 35. Obbligazioni di dare, di fare, e di non fare. Prestazioni transeunti e prestazioni aventi tratto successivo. — 36. Divisibilità o indivisibilità della prestazione. — 37. Requisiti essenziali nell'oggetto di qualsiasi obbligazione: possibilità, determinatezza. — 38. Continua: se l'oggetto debba essere valutabile a danaro. — 39. Pluralità di oggetti. Transizione alla Sezione seconda.

34. Già dalla definizione data dell'obbligazione emerge che oggetto di essa è una *prestazione*, cioè un'azione del debitore in confronto del creditore. È pertanto inesatto quel modo di dire, pur tanto comune, che oggetto dell'obbligazione siano cose, ovvero servigi (fatti). Questi sono il *contenuto della prestazione*, o se altrimenti vuol dirsi, *l'oggetto mediato*. Praticamente però ha grande importanza la considerazione di questo oggetto mediato. È da essa infatti che dipende il decidere se il credito sia da porre fra le cose mobili o le immobili. In base a qual criterio precisamente si estese questa distinzione ai diritti, i quali per sè stessi non sono nè mobili nè immobili? Trattandosi di diritti reali, con l'avere riguardo all'oggetto su cui direttamente cadono, trattandosi invece di diritti di credito con riguardo a ciò che forma il contenuto della prestazione: *actio quae tendit ad mobile est mobilis, actio quae tendit ad immobile est immobilis*. Così è che leggiamo nell'Art. 418 Cod. civ.: « Sono mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni anche ipotecarie che hanno per oggetto somme di danaro od effetti mobili », dove appunto l'espressione *oggetto dell'obbligazione* é usata in senso meno proprio con riguardo alla comune accezione della parola, dovuta a sua volta alla già rilevata indole patrimoniale del vincolo. Prestazioni poi che non si riferiscono ad una cosa materiale, ma ad un *facere*, cioè a dei servigi, si classificano fra i crediti mobiliari dietro il riflesso che, se

inadempiute, si risolvono nel risarcimento dei danni, cioè nella prestazione di una somma di danaro, cosa mobile. Ma si chiederà: interessava proprio l'estendere anche ai diritti, e in particolare alle ragioni di credito, la distinzione dei beni mobili e immobili? Certamente, io rispondo, e basterebbe a provarlo, a parte le distinzioni procedurali delle azioni, il caso pratico di un testamento in cui fossero istituite due persone, l'una erede del patrimonio mobiliare, l'altra del patrimonio immobiliare dell'ereditando. Interessava allora avere un criterio in base al quale decidere a quale dei due assegnare i crediti formanti parte dell'asse relitto.

Mi sono dilungato anche troppo nel dire in generale del concetto dell'obbligazione, e in particolare del *vincolo*, per ritenermi oramai dispensato dall'addentrarmi nella disquisizione teoretica su ciò che s'ha a intendere per *oggetto* dell'obbligazione. In questa parte convengo col Perozzi, che ironicamente qualifica svaghi innocenti le discussioni «se l'obbligazione ha un oggetto o non lo ha; se, dato che l'abbia, questo è il debitore o la sua volontà o la sua attività, o la prestazione o il risultato della prestazione» (1). Addito specialmente a chi ami occuparsene, una memoria del V. Meltzl (2), che discute le varie teoriche e finisce con l'ammettere quale oggetto la prestazione: è, si può dire, l'insegnamento tradizionale che io seguo senz'altro. Del bizantinismo di siffatte disquisizioni mi riconvince il fatto che un Maestro come il Bonfante, pur dopo di avere sostenuto che oggetto dell'obbligazione è la persona del debitore, «inquanto è il centro di un patrimonio, cioè nella sua funzione economica, nella sua posizione patrimoniale», si acconcia però subito dopo alla concezione tradizionale (3). Segno dunque di perfetta indifferenza nei riguardi pratici, onde il seguire l'una piuttosto che l'altra concezione è cosa che in fondo lascia il tempo che trova.

---

(1) Perozzi, cit. *Obbligazioni romane*, pag. 15.

(2) v. Meltzl, *Der Gegenstand der Obligation* (Kolozsvár, Stein 1910).

(3) Bonfante, cit. *Lezioni* del 1911-12, pag. 27-28. Chiude egli infatti col dire: «La tradizione giuridica, peraltro, considera oramai regolarmente come l'oggetto dell'obbligazione l'atto del debitore, cioè il fine che il creditore si propone di raggiungere e per non turbare la terminologia comune, noi useremo d'ora innanzi la parola oggetto dell'obbligazione in questo senso».

35. Le prestazioni formanti oggetto di obbligazione possono essere così svariate com'è svariato il campo dell'umana attività (1). Si possono però tutte ridurre a due grandi categorie, prestazioni *positive*, e prestazioni *negative*, consistenti cioè in un'azione od in una omissione. Nel Diritto romano veramente è fatto cenno di tre categorie: *dare*, *facere*, *praestare* (2): si avrebbe dunque a primo aspetto una classe di prestazioni in più, e tuttavia non vi figurerebbero le prestazioni *negative*. Ma gli interpreti non sanno intanto accordarsi nel definire ciò che dovrebbe formare oggetto di un *praestare*, quali intendendo si alluda con ciò alle prestazioni proprie delle *obligationes ex delicto*, quali alle prestazioni tendenti al risarcimento di un danno, quali a prestazioni miste di dare e di fare, quali a quelle obbligazioni, che, non avendo una particolare *intentio iuris civilis*, si faceano valere con azioni concepite *in factum* e non *in ius* e via dicendo (3). Tant'è che in altri passi del *praestare* come di oggetto a sè di obbligazioni non si parla più. Così lo stesso PAOLO nella l. 2 pr. D. de verbor. obligat., 45, 1 dice: «Stipulationum quaedam in dando quaedam in faciendo consistunt». D'altronde nel *facere* tutti convengono debba comprendersi anche il *non facere*, importando anche

---

(1) CROME, *Op. cit.*, § 4, pag. 29 (della traduzione italiana pag. 30).

(2) l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7 di PAOLO.

(3) Ricordiamo a parte l' idea del DERNBURG, come quella per cui verrebbe ristretta la categoria delle *obligationes faciendi*. Di *facere*, secondo lui, si sarebbe parlato solo trattandosi di atti che si riferiscono alle cose corporee, es. la trasmissione del possesso di fondi rustici, la cultura e la lavorazione di essi: tutti gli altri servigi, materiali od anche liberali, si sarebbero compresi invece nel *praestare* (DERNBURG, *Pandette*, Vol. II (*Diritto delle obbligazioni*), trad. it. CICALA (Torino, Bocca 1903), § 23, pag. 87-88. Teoria della quale il BONFANTE (cit. *Lezioni*, pag. 30) nota che «può parere singolare, ma che anch'essa ha a sua base un uso del linguaggio». La avvalora infatti il DERNBURG specialmente con l'addurre la l. 37 pr. D. de operis libertorum, 38, 1. Il BONFANTE, negata l'importanza della questione dal punto di vista dommatico, la ricollega piuttosto alla storica distinzione fra *debitum* e *obligatio*, chè il *praestare* (*praes-stare*) avrebbe designato non oggetti diversi dal *dare* o dal *facere*, ma questi stessi oggetti dal punto di vista della *obligatio* (*Haftung*) (loc. cit., pag. 31-32).

questo una determinazione di volontà diretta appunto ad una astensione (1). Di *dare* poi intendonsi per Diritto romano in senso tecnico le obbligazioni che hanno per oggetto di trasferire la proprietà o costituire altro diritto reale sulle cose.

Anche il nostro Codice parla di obbligazioni di *dare*, di obbligazioni di *fare* e di obbligazioni che consistono nel *non fare*, (Art. 1219, 1220, 1221) e ne determina gli effetti, che studieremo a suo luogo. Qui basta accennare ad una capitale distinzione delle obbligazioni di fare e alla questione che si agita tra i nostri civilisti circa l'odierno contenuto dell'obbligazione di dare.

Sul primo punto va notato che, come delle cose materiali, così delle opere, dei servigi, si possono fare due categorie, *fungibili* e *non fungibili*. Sono fungibili quei servigi, relativamente ai quali è indifferente la persona che li presta, non fungibili quelli in cui si ha particolare riguardo alla persona del debitore, alla speciale attività e capacità propria dell'obbligato, sicchè la prestazione non sarebbe più quella dedotta in obbligazione se a lui si sostituisse altri nell'adempierla. È il caso della commissione di un quadro data ad un pittore di vaglia. Ma, come la volontà degli autori di un negozio giuridico può far sì che cose materiali per sè fungibili, in esso dedotte, s'abbiano a trattare come infungibili (e ne vedremo l'esempio al n. 45 nei debiti monetari), così è a ripetersi riguardo alle prestazioni *faciendi*: può p. es. in un contratto di locazione d'opera essersi, d'accordo fra le parti, esclusa la surrogabilità d'altri al debitore nell'effettuazione dell'opera, pur essendovi normalmente affatto estraneo l'*intuitus personae*. Viceversa nulla impedisce che l'autore od autori dell'atto contemplino un'opera per sè stessa infungibile come se tale non fosse, consentendo quella surrogazione al debitore che non sarebbe altrimenti ammessa. Può tuttavia allora, così mi sembra, sorgere il dubbio (da risolvere secondo le circostanze) se, anzichè

---

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. II, § 252 nota 1ª, a pag. 12 della già citata 8ª edizione.

di una obbligazione con unico oggetto, si tratti di obbligazione alternativa (obbligazione cioè o di fare o di far fare). Rinvio poi a quella sede in cui mi sono riservato di illustrare la trasmissione delle obbligazioni, la questione se in questi casi di fungibilità, dirò così contrattuale, espressa o almeno tacita, cioé desumibile dalle circostanze, cessi l'applicabilità dell'art. 1642, secondo il quale «il contratto di locazione di un'opera si scioglie con la morte dell'artefice e dell'architetto od imprenditore incaricato di essa» (1).

Quant'è all'obbligazione di dare, pensano alcuni autori che per caratterizzarla occorra scostarsi alquanto dal concetto romano. Ciò perchè, scrive ad es. il NANI, «nel Diritto nostro il solo consenso basta, il che prima non avveniva, a trasferire la proprietà ed ogni altro diritto reale in genere (Art. 1125, 1448, 1550). Quindi le obbligazioni di dare non possono più essere definite quelle che sono dirette alla traslazione della proprietà o di altro *ius in re*, la quale avviene al momento stesso in cui l'accordo fra le parti è conchiuso, ma sibbene quelle che, nascendo da un contratto avente un tale obbietto, mirano a procacciare all'acquirente il possesso di fatto della cosa promessa» (2). Senonchè, pur essendo vero questo in via generale,

---

(1) Fin d'ora indico per l'affermativa BARASSI, *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, (Milano, soc. edit. libr. 1901), n. 370, pag. 606-608. Contra NICOTRA, *Op. cit.*, §§ 230-231, pag. 349-355.

(2) NANI, *Di una questione relativa all'inadempimento dell'obbligazione* in *Archivio giuridico*, Vol. XII (pag. 371-384) pag. 380, n. 17. Cfr. pure DE CRESCENZIO, *Op. cit.*, n. 124, pag. 151; e pel Diritto francese particolarmente LAROMBIÈRE, *Op. cit.*, Vol. I, sull'Art. 1101 Cod. fr., n. 8, pag. 5-6 e sull'Art. 1136, n. 1-5, pag. 386-388, LAURENT, *Principes*, XVI, n. 187, pag. 248 e segg., DEMOLOMBE, cit. *Cours* etc. T. XXIV, n. 307 e 308, pag. 310-311, AUBRY-RAU, cit. *Cours*, T. IV, § 299 testo e nota 3, pag. 38-39, CROME, *Op. cit.*, § 4 testo e nota 2, pag. 29-30 (pag. 32 della trad. italiana). Il GIORGI, fra i nostri, dichiara che la distinzione fra le obbligazioni di dare, fare e non fare ha oggidì pochissima importanza pratica (*Op. cit.*, Vol. I, n. 231, 7ª ediz, pag. 259-261). Eppure spesse volte la giurisprudenza ha avuto a pronunciarsi sul punto di sapere se in questa o quella fattispecie si avesse obbligazione dell'una o dell'altra categoria. Mi basta rinviare per ciò alle cit. *Pandectes françaises*, Vol. cit. n. 1595-1604, pag. 209-210,

osserviamo tuttavia col PACIFICI-MAZZONI (1) che ci possono essere ancora oggidì dei casi in cui sia proprio il discorrere di un dare come oggetto di obbligazione nel senso romano. Così, p. es., nel caso di vendita con riserva di dominio per un certo tempo (ch'io reputo valida, ma il punto è discusso) e nei casi di obbligazioni di dare generiche, riferentisi cioè a cose determinate solo nel genere e non nell'individuo. Se io vendo p. es. a Tizio mille moggia di frumento in genere, il trapasso di proprietà non avviene per solo consenso, ma normalmente solo al momento della effettiva *dazione* della merce prima non ancora identificata.

Debbo ancora collegare al tema presente altro argomento, non meno discusso per verità e discutibile di quello della vendita con riserva di dominio; intendo la promessa di vendita. Si premette che il Codice *francese*, seguito dall'*albertino* (art. 1595) dal *parmense* (art. 1394) e dalle *Leggi civili delle due Sicilie* (art. 1434), ha stabilito all'art. 1589 che la promessa di vendita equivale a vendita quando vi è consenso reciproco delle due parti sulla cosa e sul prezzo. Questa disposizione non fu riprodotta da noi: tuttavia siffatta equivalenza della promessa bilaterale di vendita alla vendita ha tuttodì presso di noi largo seguito, specialmente nella giurisprudenza. Chi così opina non ravviserà dunque in tal caso (come non nella vendita) una *obligatio dandi* nel senso tecnico romano. Più facilmente invece avverrà che ne parli chi esclude detta equivalenza ed ammette (com' io credo giusto) abbiasi qui un *pactum de ineundo contractu* o *de contrahendo* o *contratto preliminare* che dir si voglia (2). Ma ciò se, per una od altra via, si ar-

---

e rammentare come su questo terreno, se cioè sia preponderante il *dare* o il *facere*, da più d'uno si porti la questione circa la natura giuridica del contratto di somministrazione (specie di elettricità). Cfr. FUBINI, *Il contratto di locazione di cose*, Vol. I, 2ª ediz. (Milano, Società editr. libraria 1910), n. 6-9, pag. 8-10 e recentissimo BELOTTI, *Studi di Diritto privato* (Milano, Soc. ed. lib. 1913), Studio XIV, pag. 182-201 e i molti ivi citati.

(1) PACIFICI-MAZZONI, cit. *Istituzioni di Diritto civile*, Vol. IV, n. 31, nota 1 di pag. 120-122 della 4ª edizione.

(2) Basti, per tutti, il rinviare all'eccellente monografia di L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giur. it.*, Vol. III, P. III, Sez. II (Milano, Soc. ed. libr. 1902), n. 39, pag. 113 e segg. Viceversa al PLANIOL l' identificazione della promessa bilaterale di vendita alla vendita pare così naturale ed ovvia,

rivi ad ammettere che, inadempiuta la promessa di vendere, possa la sentenza del giudice adìto surrogare il mancato consenso e tener luogo di atto formale di compra-vendita (1), non così invece se quel consenso si reputi insurrogabile e si giudichi venuta meno la *obbligazione di addivenire al contratto definitivo*, da configurarsi allora come *obligatio faciendi*, che, inadempiuta, si risolve nel risarcimento dei danni (2).

La finalità ultima avuta di mira dal creditore soccorrerà a decidere se trattisi di obbligazione di fare o di dare. Quando l'obbligazione presuppone sì un *facere* da parte del debitore, ma preordinato al *dare*, nel quale sta la risultanza economica propostasi dal creditore, quest'ultima avrà il sopravvento nel caratterizzare l'obbligazione. Vi hanno a tal proposito dei casi in cui nessuna dubbiezza è possibile: è precisato il dare come oggetto della obbligazione (*centum Ephesi dari*, l. 137 § 2 D. de verb. obl. 45, 1) e il fare (intraprendere il viaggio da Roma ad Efeso) non ha evidentemente altra funzione che di mezzo preparatorio e vorrei dire strumentale per l'esecuzione: di che vedremo a suo tempo i corollari, a illustrazione del citato passo dei Digesti, nel discorrere sia del termine entro cui la prestazione ha da eseguirsi, sia della diligenza da adibirvi. Altre volte

---

ch'egli, scostandosi dall' insegnamento generale, reputa che l'art. 1589 Cod. francese non sia stato dettato per dichiararla, chè sarebbe stato superfluo, ma bensì per disciplinare la promessa *unilaterale* di vendere accettata senza che vi risponda in pari tempo promessa di comperare (*op. cit.*, vol. II, n, 1400 e segg., pag. 459 e segg.

(1) Così è per il CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare* in *Riv. di dir. commerciale*, vol. IX (1911), p. I, pag. 96-109 in applicazione delle note sue idee sui diritti potestativi, dell'autonomia dell'azione come mezzo per sè stante al conseguimento di beni giuridici indipendente dall'obbligazione e per il CHIRONI, *L'obbligazione di dare*, nota a sent. 27 maggio 1910 della Cassazione di Roma (causa Fasce-Fornari) nella stessa *Rivista* del 1911, vol. IX, p. II, pag. 633 e segg., in base a ben altro concetto, quello di *garanzia o responsabilità in contrahendo*. Le idee di codesti illustri giuristi in argomento verrà fatto altrove di approfondire e discutere. Qui bastava accennarle per la loro connessione con l'odierno concetto del *dare* quale oggetto di obbligazione.

(2) Così per L. COVIELLO, *op.* e loc. cit. e per l'ASCOLI, *Note di giurisprudenza* in *Rivista di diritto civile*, I (1909), pag. 246, II (1910), pag. 104 e 841, III (1911), pag. 887.

invece, come nel noto esempio dell'artefice che somministra pure la materia dell'*opus* promesso, e in generale nei contratti di somministrazione (1) la cosa non è altrettanto piana e si dirà o no trattarsi di locazione d'opera secondochè si giudichi ricorrere o non ricorrere quella *faciendi necessitas* che ne è la caratteristica.

Finalmente quanto all'obbligazione di *non fare*, l'omissione a cui è impegnato il debitore consisterà o nell'astenersi da atti che avrebbe altrimenti diritto di compiere o nel tollerare atti del creditore ai quali avrebbe altrimenti diritto di opporsi (2).

La prestazione può essere di sua natura transeunte o duratura, cioè o tale da esaurirsi in un sol tratto, come l'obbligazione di consegnare la cosa venduta, di restituire la cosa avuta a comodato, e simili, o tale che abbia, come suol dirsi, tratto successivo, che cioè si propaghi nella successione del tempo. Di quest'ultima specie troveremo l'esempio nelle obbligazioni negative, aventi per oggetto una astensione (3), ma ne troviamo anche fra le positive, esempio l'obbligazione del locatore di *far godere* il conduttore di una cosa *per un determinato tempo*, come si esprime l'art. 1569 (4).

36. Sotto un altro punto di vista si distinguono le obbligazioni con riguardo alla natura divisibile od indivisibile del loro oggetto. L'obbligazione è in senso giuridico *divisibile* quando la prestazione è suscettibile di frazionamento senza pregiudizio della sua essenza, per ciò che ogni prestazione parziale ha l'identico contenuto della prestazione totale, dalla

---

(1) V. *supra*, nota 2 a pag. 188.

(2) CROME, *op. cit.*, § 4, pag. 30-31 (pag. 32 della traduzione italiana). E più diffusamente WENDT, cit. *Unterlassungen und Versäumnisse im bürg. Recht*, pag. 7 e pag. 15 e segg.

(3) Benchè, oltre ad astensioni durature per un certo *periodo di tempo* (*zeitweilige o dauernde*, come le dice il WENDT), ce ne siano pure, come possibile oggetto di obbligazione, di quelle relative ad un solo dato momento (*einmalige Unterlassungen*, WENDT, *op. cit.*, pag. 8-9).

(4) Cfr. WINDSCHEID (KIPP), cit. *Pandekten*, vol. II, § 252, 2, testo e nota 6 pag. 13.

quale solo quantitativamente si differenzia: *indivisibile* quella in cui simile frazionamento non è possibile (1). Cerchiamo di chiarire questo concetto, limitandoci per ora alle *obligationes dandi*. Ci sono delle cose, degli enti materiali fisicamente divisibili in parti senza pregiudizio, o almeno senza pregiudizio notevole, della loro essenza e del loro valore economico (2), sicchè ciascuna parte conserva l'identica natura del tutto, al quale pure esattamente o quasi si proporziona per valore; così è p. es., dei fondi rustici, di una pezza di panno di vari metri, così *può essere* delle case e simili. Materialmente indivisibili invece in questo senso sarebbero uno specchio, una gemma, un animale vivo. Ora si potrebbe credere che fossero indivisibili le *obligationes dandi* quando la prestazione si riferisca ad una cosa di quest'ultima specie, e viceversa divisibili quando fisicamente frazionabile nel significato anzidetto sia l'ente a cui la prestazione si riferisce; divisibile p. es. l'obbligazione di dare un fondo, alias quella di dare un cavallo. Sarebbe questa un'idea sbagliata, perchè non è tanto alla divisibilità *materiale* della cosa, quanto piuttosto alla divisibilità o indivisibilità *intellettuale*, cioè del diritto che relativamente ad essa si tratta di costituire, che deve aversi riguardo per qualificare la natura della obbligazione. E però, trattandosi di trasferire la proprietà, diritto sempre divisibile in quote parti ideali (com'è appunto nella comunione) si dirà, che e nell'uno e nell'altro caso siamo in cospetto di un'obbligazione divisibile. Sarebbe lo stesso se si trattasse di una obbligazione avente per oggetto la costituzione di un usufrutto, diritto anche questo di sua natura divisibile. Simili obbligazioni dunque le diremo per loro natura divisibili. Ma si vedrà poi a suo tempo come anch'esse possano diventare indivisibili giusta l'intenzione dei costituenti. Invece in altri casi è il diritto per sè stesso non suscettibile di quel frazionamento

(1) WINDSCHEID, (KIPP) *op. cit.*, § 253, pag. 14-15.

(2) SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I (6ª ediz. Firenze, Cammelli 1897) § 17, pag. 172.

in parti ideali (si ripensi all'esempio recato al n. 32 pag. 180 della costituzione di una servitù di passaggio), ed è allora che l'obbligazione diretta a costituire o trasmettere un diritto simile la si dirà per sua natura indivisibile (1). Orbene, questa distinzione di cui stiamo discorrendo, sebbene attinente all'oggetto, non dispiega la sua efficacia pratica se non quando la si connetta col numero dei subbietti attivi o passivi dell'obbligazione. Si ricorderà infatti che delle obbligazioni indivisibili si è avuta occasione di far cenno parlando della pluralità dei subbietti come di una delle eccezioni alla regola *concursu partes fiunt*. E in realtà finchè stanno di fronte un sol creditore, ed un solo debitore, è indifferente che l'obbligazione sia divisibile o no, perchè il debitore la deve eseguire integralmente, tuttochè divisibile, salvo pattuizione in contrario. È solo quando sono più i creditori o i debitori che la distinzione palesa la sua importanza. Dispone infatti l'art. 1204: «L'obbligazione che è capace di divisione deve eseguirsi fra il creditore e il debitore come se fosse indivisibile. La divisibilità non è applicabile che riguardo ai loro eredi, i quali non possono domandare il credito, nè sono tenuti a pagare il debito che per le proporzioni loro spettanti o per quelle per cui sono obbligati come rappresentanti il creditore o il debitore».

37. Ci sono dei caratteri che l'oggetto dell'obbligazione deve necessariamente e sempre riunire, per quanto ne sia svariato il contenuto. Esso dev'essere anzitutto *possibile*: «impossibilium nulla obligatio est», dice la l. 185 D. de reg. iur. 50. 17 di CELSO. Il che si intende però della impossibilità assoluta, e non di quella relativa soltanto alla persona di chi si è obbligato, giusta l'insegnamento della l. 137 § 5 D. de verbor. obligat. 45, 1 di VENULEIO: «Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit, quum alii possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit». Deve essere l'oggetto *lecito*, cioè non contrario nè alla legge nè ai buoni costumi. Deve essere *de-*

---

(1) Cfr. su tuttociò, per tacer d'altri, BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al Codice civile del Regno* (Padova, Sacchetto, 1874), pag, 226-229.

terminato o almeno determinabile in modo certo. Soffermiamoci su questo requisito.

La determinatezza dell'oggetto dovuto può essere di vario grado. Sarebbe massima, p. es. quando l'obbligazione si riferisse ad una cosa specifica, come sarebbe l'obbligo di dare il tal cavallo, minore se si promettesse di dare un cavallo di una certa razza, minore ancora se un cavallo in genere, dove il limite è dato appunto dal genere. Ma invece può essere che persino questo grado minimo di determinatezza manchi, come se Tizio promettesse di dare un animale, oppure che, determinato il genere, non sia determinata nè determinabile la quantità, come nell'esempio della l. 94 D. de verb. oblig. 45. 1 di MARCELLO, relativo alla stipulazione « triticum dare oportere », in cui non sia dato sapere la quantità di grano che i contraenti poteano avere in vista. In tali casi l'obbligazione, prestandosi ad essere adempiuta in modo addirittura irrisorio, (col dare ad es. nel primo caso un insetto, nel secondo due o tre chicchi di frumento), si dirà nulla per mancanza del requisito in discorso.

Ma dicemmo che non occorre proprio sia determinato *ab initio* l'oggetto, bastando anche la sua determinabilità in modo certo; così p. es. sarebbe riguardo al prezzo (oggetto della prestazione del compratore) ove si acquistassero dei titoli per un dato giorno al prezzo di borsa. Cade qui in acconcio di riportare le disposizioni degli art. 38 e 60 del Codice di commercio e 1454 Codice civile. È osservato il requisito in discorso in una vendita commerciale *a giusto prezzo*, perchè la determinabilità del prezzo è fissata in modo preciso dal primo dei testè citati articoli, che vuole lo si desuma « dalle liste di borsa o dalle mercuriali del luogo di esecuzione del contratto, o, in mancanza da quelle del luogo più vicino e da ogni altra fonte di prova ». Parimenti può ben rimettersi la determinazione del prezzo all'arbitrio di un terzo eletto nel contratto o da eleggersi posteriormente. Ma qui notevole è la differenza fra la vendita civile e la commerciale. Questa non corre pericolo di cadere nel nulla perchè, dato che il terzo eletto non

voglia o non possa accettare, si deve provvedere a nuova nomina o dalle parti, o se non si accordino, dall'autorità giudiziaria (art. 60 cod. comm.). Invece, trattandosi di vendita civile, si hanno queste due notevoli differenze: *a)* che se il terzo ha da scegliersi posteriormente al contratto, deve in questo dichiararsi che, non concordando le parti, detta scelta è demandata al pretore o al conciliatore del luogo del contratto o del domicilio o residenza di una delle parti: *b)* che il contratto non può qui considerarsi definitivo, ma condizionato al fatto che il terzo dichiari il prezzo: chè se infatti egli non voglia o non possa dichiararlo, la vendita è nulla (art. 1454 Cod. civ.). Differenza di trattamento della quale nella *Relazione* MANCINI sul codice di commercio è addotta la seguente ragione: « La rigidezza delle disposizioni contenute nel codice civile sarebbe incompatibile coi bisogni e gli usi del commercio . . . Così si provvede con maggior copia di mezzi costantemente all'efficacia e al mantenimento delle convenzioni, *come è richiesto dalla serietà e dalla buona fede degli impegni commerciali* » (1). Ora in verità non persuade il parlare di serietà e buona fede come di qualche cosa di speciale alle contrattazioni commerciali. E l'art. 1124 cod. civ., che *tutti* i contratti, senza distinzione, vuole eseguiti di buona fede, non c'è dunque per nulla? Reputo piuttosto questo uno dei punti in cui artificiosamente si è creata una differenza fra le due ipotesi, censuro la rigidezza del codice civile e fo voti che quelle facilitazioni, adottate in commerciale con piena ragionevolezza, vengano in una revisione legislativa estese anche alla vendita civile, dacchè il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto (nel caso concreto del prezzo) non può esser voluto con più o meno di energia nei due campi (2).

---

(1) *Relazione* MANCINI, al Senato in CASTAGNOLA e GIANZANA, *Fatti e motivi del Cod. di comm.*, Vol. I (Torino, Unione 1883) pag. 303-304.

(2) Cfr. pure PEDRAZZI, *Del prezzo nel contratto di compra-vendita* in *Arch. giuridico* VIII (1871) (pag. 346-360), n. 14, pag. 351-353 e N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni* (Lanciano, Carabba 1895), pag. 249, nota 86.

Ma di codesto argomento, e in generale dei requisiti sin qui esaminati, avremo occasione di fare più lungo discorso nel trattare dei contratti e dell'oggetto loro. Quello che invece mi preme ancora di rilevare, per il carattere di generalità a tutte le obbligazioni, si è che non può l'oggetto essere rimesso interamente all'arbitrio del debitore. Così sarebbe nulla, e lo dichiara espressamente l'art. 835 cod. civ., la disposizione testamentaria che lasciasse interamente all'arbitrio dell'erede di determinare la quantità del legato. (Vi fa eccezione l'articolo stesso solo pei legati fatti a titolo di rimunerazione per servizî prestati al testatore nell'ultima sua malattia, del che è ovvia la ragione). Debbo poi soggiungere che per l'art. 835 la nullità della disposizione ci sarebbe anche quando la determinazione della quantità del legato fosse rimessa ad un terzo, ravvisandosi anche in tal caso demandata ad altri una facoltà non delegabile, quella cioè di testare: in altre parole sembra che il legato in tale caso non sarebbe più l'effetto della volontà del testatore, la sola che deve imperare, ma bensì del terzo al quale egli si è rimesso per la determinazione della quantità. Ma torniamo al nostro argomento. Se è vero come principio generale che l'oggetto non può essere abbandonato nella sua determinazione all'arbitrio dell'obbligato, non manca tuttavia nel codice l'esempio di modalità pur essenziali ad una data obbligazione, di cui è rimessa la determinazione al debitore: senonchè anche allora egli non ha pieno ed illimitato arbitrio, ma si tratta piuttosto di un *arbitrium boni viri*, deve pronunciarsi come farebbe un onesto perito (1). Così p. es. in tema di so-

(1) Per la precisa determinazione del resto dei concetti di *merum arbitrium* e *arbitrium boni viri*, pure in riguardo ai citati art. 1454 Cod. civ., 60 Cod. comm., veggasi particolarmente nella letteratura giuridica nostra, TRIANI, *Nota sull'arbitrium boni viri* in *Studi giuridici per il XXXV anno di insegnamento di F. Serafini* (Firenze, Barbera 1892), pag. 163-171, RICCA BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico* in *Archivio giuridico*, vol. LXX (1903), pag. 60-124, COGLIOLO, *L'« arbitrium boni viri » nei contratti* nota a Sent. 7 luglio 1910 della Corte d'App. di Milano, in *Il Dir. commerciale*, XXX (1911), pag. 181-182, PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, nota a sent. 20 gennaio 1911 della Cass. di Roma in *Rivista del diritto commerciale*, vol. IX, (1911), p. II, pag. 369-376.

cietà l'art. 1718 ammette che i soci convengano di rimettersi al giudizio, non solo di un terzo, ma anche di uno solo fra essi per determinare le porzioni, cioè la parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite, ma soggiunge che la determinazione che sarà data può impugnarsi nel caso in cui sia evidentemente contraria all'equità. Con qualche maggior latitudine può essere rimessa alla volontà del debitore la determinazione di qualche modalità accessoria, p. es. del termine del pagamento, ma nemmeno allora sarebbe illimitato il suo arbitrio. Così, restando appunto nell'esempio del termine, leggiamo nel capov. dell'art. 1173: « Spetta egualmente all'autorità giudiziaria di stabilire per l'adempimento dell'obbligazione un termine conveniente se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore ». Come intendere precisamente questo articolo, si dirà nel discorrere in generale delle obbligazioni a termine.

38. Finalmente l'oggetto dell'obbligazione deve essere valutabile a danaro, nella cui prestazione in definitiva si risolvono tutte le obbligazioni quando non vengano adempiute e siano tali che non possa *manu militari* ottenersene l'adempimento in forma specifica, e ciò giusta l'Art. 1218: « Chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni ». A questo proposito non ho che a richiamarmi a ciò che ho già detto parlando del vincolo, come primo elemento del concetto di obbligazione, vincolo che vedemmo dover essere patrimoniale (v. s. n. 16, pag. 72) Nel modo più esplicito era indicato questo requisito dal *Codice sassone*, dove il § 662, nel definire i diritti di obbligazione, parlava di prestazione che in sè racchiuda valore patrimoniale (« eine einen Vermögenswerth in sich schliessende Leistung »). Non posso però tacere come questo punto sia scientificamente tutt'altro che pacifico. Cominciarono ad oppugnarlo il WINDSCHEID (1) e il JHERING (2), ed altri poi li

---

(1) WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 250, testo e nota 3, pag. 2-6 (della 8ª ed.).

(2) JHERING, *Ein Rechtsgutachten*, II, *Die Interessenfrage*, III *Das Erforderniss des Interesses für den Gläubiger* in *Jahrbücher für die Dogmatik*

seguirono. La questione si è riaccesa in Germania a proposito del § 241 del vigente *Codice civile*, che dice semplicemente: « In virtù del rapporto obbligatorio il debitore è tenuto *ad una prestazione* verso il creditore. Questa prestazione può consistere in una astensione » (1). E dai lavori preparatorî risulterebbe che deliberatamente si volle nel definire l'obbligazione prescindere dal requisito in discorso (2). Tuttavia c'è chi se ne impressiona per le strane conseguenze a cui si potrebbe giungere in pratica ove il giudice potesse condannare all'adempimento di prestazioni che coll'interesse patrimoniale non hanno a che fare e che derivano solo da riguardi di convenienza inerenti alla convivenza sociale (3).

Fautori ed avversarî del principio in questione traggono in gran parte le loro armi da quel grande arsenale che è il *Corpus iuris*, dove, in apparenza, ne stanno di buone per entrambe le cause. Uno dei testi più discussi è la l. 9 § 2 D. de statulib. 40, 7, ov'è detto: « Ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt ». Si cerca di togliergli importanza dal WINDSCHEID esaminando il caso speciale in cui il giureconsulto (ULPIANO) emise quella sentenza come motivo della sua decisione, e mettendo in guardia contro il pericolo del generalizzare motivazioni date nelle fonti romane per casi singoli. Ma, pur essendo giustissimo questo criterio che deve guidare nell'interpretazione dei testi romani,

---

des heut. röm. und deutschen Privatr., XVIII, (1880), pag. 34-117, riassunto dallo SCIALOJA in *Archivio giuridico*, XXV, pag. 478-492.

(1) « Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen ».

(2) cit. HAIDLEN, I, pag. 298 e pag. 301.

(3) Così HELLWIG, *Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit* in *Archiv f. die civilist. Praxis*, LXXXVI (1896), pag. 223-248. Ma in contrario senso KOHLER, *Das Obbligations-interesse* in *Arch. für bürgerliches Recht*, XII (1897), pag. 1-88, e STAMMLER, *op. cit.*, § 1, pag. 1-7. Sui due primi veggasi L. COVIELLO in *Filangieri* del 1897, pag. 664-676 e pag. 730-748, che sostiene la necessità del requisito in esame. Lo stato odierno della questione in Germania è presentato dall' OERTMAN, cit. *Kommentar*, sul § 241, pag. 12-13.

è certo che nel caso concreto noi ci troviamo di fronte all'enunciazione di un principio generale, principio che quadra benissimo (e questo è particolarmente notevole) con altri testi, addotti *ex adverso* a provare che anche prestazioni non aventi un contenuto d'interesse direttamente materiale, ma tali da soddisfare a bisogni d'ordine morale, possono formare oggetto di obbligazione. Infatti si badi bene che quando diciamo, all'appoggio di quel testo e di altri, che l'oggetto della prestazione dev'essere valutabile a danaro, non si vuol significare per nulla ch'esso debba mirare direttamente ad un vantaggio patrimoniale del creditore, ad un aumento effettivo dei suoi beni economici. Basta ch'esso sia tale, lo diremo con l'ARNDTS (1), che il suo adempimento possa formare oggetto di una domanda giudiziaria e di una condanna del debitore *per ciò*, che il creditore possa trarre un diritto patrimoniale dall'inadempimento, e come ristoro di esso. Infatti il passo citato parla di prestazioni che possano *pecunia lui praestarique*, cioé che possano scontarsi, ripararsi a danaro qualora vengano inadempiute. Così, per prendere uno degli esempi recati dal IHERING, certo è che di valida obbligazione forma oggetto l'impegno assunto verso di me da un musicista di venir a suonare in casa mia per una festa da ballo e ch'egli non vi potrà impunemente mancare, pur non trattandosi per me di un interesse pecuniario, ma di solo diletto, perchè non allo scopo da me proseguito, ma alla natura della prestazione si ha da por mente e questa, cioè l'opera del musicista, è nel novero dei servigi valutabili a danaro e ordinariamente rimunerati quale oggetto di locazione d'opera. Onde in questa questione, che si è forse ingrossata oltre quanto meritava, con l'esigere la valutabilità a danaro non si fa che escludere che possano formar oggetto di obbligazione certe prestazioni le quali non si possono assolutamente ricondurre nè direttamente nè indirettamente al concetto di patrimonio (per quanto largamente lo si intenda), o per la loro attinenza esclusiva al Diritto pubblico o a quella

---

(1) ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 202 testo e nota 3, pag. 11 e pag. 13.

parte del Diritto civile, che regola il Diritto delle persone (es. l'obbligazione della convivenza fra' coniugi), ovvero perchè per loro natura più che impegni giuridici rappresentano accordi derivanti da ragioni di mera socievolezza (esempio l'accordo intervenuto fra due amici di fare un viaggio di diletto assieme), dove ad un interesse patrimoniale, nemmeno indiretto, sia assurdo il pensare (1), o dove, io soggiungo, pur essendoci un interesse anche patrimoniale per colui al quale la promessa è fatta, manchi nel promittente l'animo di obbligarsi giuridicamente, sì che le parti restano sul terreno dei rapporti di socievolezza o di compiacenza. Così è nel caso dell'invito fatto ad un amico, che accetta, di venire per alcuni giorni in villa, dove obbligazione giuridica non sorge, pur essendoci per l'invitato anche un utile economico, o nella promessa fatta per mera compiacenza all'amico di insegnargli il latino, nel che egli ha certo l'interesse patrimoniale di risparmiare la spesa di un maestro. L'addurre, come fa il IHERING, simili casi contro la nostra tesi non va, perchè noi non sosteniamo già che ci sia obbligazione giuridica *ogniqualvolta* la prestazione (anche se effetto di pura socievolezza o di sentimento benevolo di amicizia) ha valore patrimoniale, ma che *l'obbligazione giuridica* non può non concernere prestazioni suscettibili di valutazione economica. Il che è ben diverso.

Posto ciò si vede come altri esempî, a cui più comunemente ricorrono gli avversarî per sostenere la loro tesi, non fanno al caso, perchè tali che anche noi possiamo e dobbiamo ben ravvisarvi delle obbligazioni, pur rimanendo ligi al criterio della valutabilità a danaro. Tale l'esempio della libertà domenicale per alcune ore pattuitasi dal domestico, tale l'impegno di non suonare il piano assuntosi da un inquilino di un appartamento verso il proprietario della casa. Quivi non si hanno interessi meramente pecuniarî, sta bene: ma la risarcibilità a

---

(1) Cf. SEUFFERT, *Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurf eines bürg. Gesetzb. f. das deutsche Reich* (Berlin, Guttentag 1893), § 2, pag. 6.

danaro per l'indole intrinseca dell'obbligo assunto ci sta pur sempre, non foss'altro in vista di questo, che quel domestico avrebbe altrimenti elevate le sue pretese di mercede, o quel locatore avrebbe richiesta una pigione più forte, onde quelle clausole rappresentano pur sempre nell'onere che addossano al padrone nel primo caso, al conduttore nel secondo, una parte della controprestazione a lui incombente in simili contratti bilaterali (1).

Si è inoltre utilmente invocato a sostegno della nostra tesi nelle obbligazioni contrattuali (alle quali particolarmente la questione si rapporta) l'art. 1116 Cod. civ. che suona: « Le sole cose che sono in commercio possono formare oggetto di contratto » ; ora la commerciabilità, si osserva, racchiude in sè imprescindibile l'idea della valutabilità pecuniaria, la possibilità di un'estimazione patrimoniale. Al quale effetto bisognerà certamente badare alle abitudini e convinzioni sociali, varie da tempo a tempo, da luogo a luogo e modificantisi col progressivo sviluppo della società: così, se un tempo si potè ritenere non estimabili a danaro le prestazioni attinenti all'esercizio di arti liberali, il sostenerlo oggidì non pare cosa seria e significherebbe persistere in vieti pregiudizi (2).

Si insegna poi dai fautori dell'opinione che ho sin quì difesa (3) potersi per due vie rendere coercibili degli obblighi non patrimoniali, cioè: *a*) col dedurli in obbligazione sotto veste di condizioni, ovvero *b*) rinfrancandoli con una penale, la quale allora somministra l'interesse e la valutazione patrimo-

---

(1) È il motivo addotto nella bellissima l. 6 § 1 D. de serv. export. etc. 18, 7, nel tema analogo della vendita di uno schiavo o di una schiava con la clausola che il compratore non li prostituisse o non li maltrattasse e simili, dove PAPINIANO, ricredendosi di una precedente opinione, accede alla sentenza di SABINO che il venditore abbia titolo ad agire nell'evento che quel patto non sia stato dall'acquirente osservato, *quoniam hoc minoris homo venisse videatur*.

(2) Così DE VINCENTIIS, *Della patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni contrattuali* in *Studî giuridici in onore di C. Fadda*, Vol. IV (Napoli, Pierro 1906) (pag. 313-383), pag. 350 e 356 e segg.

(3) Cfr. DE VINCENTIIS, *op. cit.* pag. 367 e seg.

niale altrimenti mancanti. Ma su di ciò è intempestivo qui dilungarci, perchè presuppone istituti da esplicarsi in seguito.

Ho accennato alla questione prendendo le mosse dai romanisti, fra i quali particolarmente la si agita, ma non posso tuttavia omettere di ricordare quanto, dopo una profonda e dettagliata disamina di essa nel Diritto romano, scrive l'illustre PERNICE (1). In ordine al Diritto romano, lungi dal giungere ad una conclusione unica, egli distingue le obbligazioni in varî gruppi, dove ammettendo, dove no, la necessità del requisito in esame in base a condizioni e caratteri tutti proprî del mondo romano, quali la distinzione fra il *merum* ed il *mixtum imperium*, fra il *ius ordinarium* e *l'extraordinarium* e simili. Fatto ciò, in via di chiusa egli soggiunge: « semplice è la conclusione che ne deriva per il nostro odierno Diritto. Noi non abbiamo più la distinzione fra *ius ordinarium* ed *extraordinarium*, noi non conosciamo un *imperium mixtum*, ma si hanno solo delle azioni private, degli attori e dei giudici. Nel Diritto delle obbligazioni sono scomparsi i tipi di azioni e di negozî nel senso romano: i requisiti di forma sono dovunque svaniti: ogni patto non immorale è azionabile. Parmi dunque assolutamente impossibile il prendere il Diritto romano come punto di partenza per la costruzione del nostro Diritto odierno, perchè ci mancano i presupposti romani. Dobbiamo chiederci quali obbligatorî rapporti e promesse intendiamo noi di dichiarare degni di protezione. Ma la risposta a tal domanda non ispetta certo al giudice, sibbene alla legislazione (*Rechtsordnung*) » (2).

39. In un'obbligazione può aversi *pluralità di prestazioni* od oggetti. E questa pluralità può essere cumulativa ovvero alternativa. *Cumulativa* quando sono dovute più prestazioni o la prestazione di più oggetti. Allora non si ha che in apparenza una sola obbligazione, in sostanza sono tante quanti gli oggetti. Ciò salvochè questi varî oggetti siano concepiti in modo da formarne una unità inscindibile. Non posso far di meglio, per chiarire tale concetto, che riportare testualmente la l. 29 pr. D. de verb. obligat. 45, 1 di ULPIANO: « Scire debemus

(1) PERNICE, cit. *Labeo*, vol. III, parte I, pag. 172-195.

(2) Ho cercato qui di tradurre con la massima fedeltà ciò che il PERNICE scrive (*loc. cit.*) a pag. 194-195.

in stipulationibus tot esse stipulationes quot summae sunt, totque esse stipulationes quot species sunt . . . Quamvis autem placuerit tot esse stipulationes quot summae, totque esse stipulationes quot res, tamen si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sint stipulationes quot nummorum corpora, sed una stipulatio, nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse quamvis plura corpora sint, vel plura legata: sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est; at si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot corpora ». Parimenti sarebbe unica l'obbligazione avente per oggetto l'acquisto di una data biblioteca, e invece una in apparenza, ma in realtà molteplice quanti gli oggetti, l'obbligazione di prestare il libro *a*, il libro *b*, il libro *c*, ecc. Tuttavia dobbiamo soggiungere che la massima *tot stipulationes quot res* va intesa *cum grano salis*. Bene osserva il LAROMBIÈRE (1) che non bisogna trarne la conclusione che trattisi di tante obbligazioni assolutamente distinte le une dalle altre come se risultassero da cause e da titoli differenti. La regola p. es. che non possa il creditore essere costretto a ricevere un pagamento parziale, regola che illustreremo parlando degli effetti delle obbligazioni, troverà anche qui piena applicazione, salvochè o dalla diversità delle scadenze o dai luoghi di pagamento risulti l'intenzione delle parti di considerare le varie cose in modo così separato e distinto, da consentire la prestazione delle varie cose a varie riprese (2).

In contrapposto alla cumulativa si ha pluralità di prestazioni *alternativa* quando l'obbligazione contempla bensì più prestazioni, ma non dovute tutte assieme: dovuta è una sola fra esse, che sarà determinata dalla scelta spettante o al debitore, o al creditore o ad un terzo. Ora di siffatte obbliga-

---

(1) LAROMBIÈRE, *op. cit.*, T. III (2e edit., 1885), n. 5, pag. 308-309.

(2) Utilmente si consulterà pure in argomento LITTEN, *Die Wahlschuld im deutsch. bürg. Rechte* (Berlin, Vahlen 1903) pag. 10-12.

zioni alternative conviene discorrere a parte, e lo facciamo nella successiva Sezione, destinata a raccogliere i principali casi in cui la qualità speciale dell'oggetto dovuto determina figure a sè di obbligazioni, suscettibili ciascuna di trattamento diverso appunto in considerazione *unicamente* del loro oggetto. Faccio quest'ultima aggiunta per ispiegare la ragion di metodo che mi indusse ad includere nella presente Sezione, anzichè nella successiva, l'accenno alle obbligazioni divisibili o indivisibili. Vedemmo infatti trattarsi in esse di una distinzione derivante bensì dalla qualità della prestazione, ma produttiva di effetti solo inquanto la si connetta colla ipotesi di una pluralità di subbietti.

SEZIONE II.

Figure di obbligazioni speciali in sè e nei loro effetti per semplice peculiarità del loro oggetto.

SOMMARIO: 40. Obbligazioni alternative. Principio fondamentale sulla natura loro e relativi corollari. — 41. L'obbligazione alternativa in raffronto 1°) all'obbligazione semplice accompagnata da *facultas alternativa*. — 42. 2°) All'obbligazione condizionale. — 43. 3°) All'obbligazione generica. — 43 *bis*. Continua il discorso sulla obbligazione generica. — 44. Della scelta nell'obbligazione alternativa, quale mezzo per l'individuazione dell'oggetto da prestarsi. — 44 *bis*. Odierna applicabilità ed importanza della figura giuridica delle obbligazioni alternative. Esempi di alternativa o libera scelta fra rapporti giuridici diversi. — 45. Debiti pecuniari.

40. Il concetto dato dell'obbligazione alternativa sul finire della precedente Sezione presenta, col parlare di *più prestazioni*, un carattere di maggiore generalità, e con ciò altresì di maggiore esattezza, in confronto a quello che risulterebbe dalla lettera del nostro Codice. Il quale ne tratta negli Art. 1177-1183, ed ha il torto di aver tenuto presente particolarmente il caso dell'obbligazione di dare, mentre invece le norme ivi contenute dovranno valere anche se le prestazioni alternativamente contemplate dal rapporto obbligatorio sono di fare o di non fare, oppure quale di una e quale di altra specie. Va altresì notato fin d'ora che, per esplicito disposto dell'Art. 1183 con

cui questa parte del Codice si chiude, le regole dettate dal legislatore tenendo presente il caso meno complesso di due sole prestazioni si applicheranno anche nell'ipotesi che più di due siano le prestazioni nell'alternativa comprese.

Dell'alternativa è caratteristica l'esserci *duæ res in obligatione, una in solutione*, formula tradizionale, ch'io credo a torto oppugnata, inquanto afferma l'unicità dell'obbligazione, da qualche pur autorevole scrittore moderno, come GUSTAVO PESCATORE ed il RYCK (1).

E l'obbligazione è unica, bensì con un contenuto alternativamente determinato, anche se la scelta spetti al creditore, dove invece il PESCATORE considera aversi la coesistenza alternativa di più obbligazioni, di più ragioni di credito ed equipara completamente questo caso a quello del cosidetto *concorso elettivo di azioni*, quale si ha per esempio fra la *redhibitoria* e l'*actio quanti minoris* nella vendita. In altre parole è, secondo lui, giuridicamente identica la posizione del compratore di cosa affetta da vizî occulti, che può chiedere o la rescissione della vendita, o la restituzione di parte proporzionale del prezzo, e quella di chi stipuli un'obbligazione con la quale altri promette di dargli a scelta di lui o mille lire o il tal cavallo (2). Benchè sia mio proposito, per non eccedere i limiti propri del presente corso, di non entrare nella disamina delle svariate teoriche e costruzioni giuridiche sorte intorno alla natura delle obbligazioni alternative (3), ho creduto bene

---

(1) G. PESCATORE, *Die sogenannte alternative Obligation* (Marburg, Elwert 1880), § 3, pag. 8-10. RYCK, *Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht*, II (Berlin, Decker 1887), pag. 129 e segg. Contro il PESCATORE in particolare, fra i nostri, CARNAZZA, *Le obbligazioni alternative nel Diritto romano e nel Diritto italiano* (Catania, Ponsini 1898), pag. 8 e segg. La monografia del CARNAZZA sarebbe riuscita certo meno imperfetta s'egli avesse tenuta presente la trattazione larga che dell'argomento fa il RYCK. Dobbiamo inoltre avvertire che del PESCATORE non basta più oggigiorno tenere presente l'opera predetta, ma si deve consultare pure l'altra, posteriore di ben venticinque anni, che si intitola *Die Wahlschuldverhältnisse* (München, Beck 1905).

(2) PESCATORE, *Die sogenn. alt. Obl.*, loc. cit. e § 18, pag. 77-83, § 39, pag. 237-238 e *Die Wahlschuldverhältnisse*, § § 7, 8, 9, pag. 48-74 e § 34, pag. 293 e seg.

(3) Se ne può vedere un'ampia esposizione in RYCK, *Op. e vol. cit.*, § 28 e segg. (autore a sua volta di una nuova teoria, per cui nell'alternativa entrerebbe

di accennare a questa del PESCATORE, perchè a prima vista seduce la differenza ch'egli fa tra il caso di scelta spettante al debitore (obbligazione unica) e quello in cui la scelta appartenga al creditore (pluralità di obbligazioni elettivamente concorrenti). Ma la distinzione è puramente speciosa, come ha dimostrato in modo, mi sembra, inoppugnabile, il RYCK (1). Dire che l'obbligazione è unica se la scelta è del debitore, perchè allora il creditore non ha che *una azione* da concepirsi in modo alternativo, e quindi altresì un *unico* apparato esecutivo (*Zwangsapparat*), mentre per la ragione affatto opposta sono più le obbligazioni qualora spetti al creditore la scelta, significa esagerare la funzione, certo notevolissima, della scelta stessa, la quale si capisce che serva a risolvere l'alternativa, ma non si intende come possa influire sull'essenza dell'obbligazione. Sono inoltre l'azione e il modo di esecuzione che si determinano secondo la natura del diritto da far valere, e non viceversa, come porterebbe la tesi del PESCATORE. Finalmente si verrebbe a questa strana risultanza, che *in executivis* l'obbligazione unica si convertisse in pluralità di obbligazioni atteso il principio del Diritto giustinianeo, dallo stesso PESCATORE riconosciuto, che se il debitore avente la scelta persiste nell'inadempimento così da doversi incoare lo stadio esecutivo, la scelta in questo stadio passa al creditore. Bando adunque in siffatta materia agli ecclettismi: o vedere sempre nell'alternativa una pluralità di obbligazioni, od attenersi, come noi facciamo, alla teoria più comune che l'obbligazione sia unica, teoria la quale ha per sè un'autorità di gran peso per chi è chiamato a commentare il Codice francese od uno dei suoi derivati, quale il nostro, intendo dire l'autorità del POTHIER (2).

---

il concetto (largamente inteso) del *modus*) e più di recente nella seconda delle citate opere del PESCATORE, fra i tedeschi, e, fra i nostri, nel pregevole lavoro d FERDINANDO ROCCO, *Su la natura giuridica delle obbligazioni alternative* in *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, Vol. XL (1905), pag. 201-224 e XLI (1906), pag. 33-74. Poco concludente per il giurista, e da doversi rinviare agli studiosi di psicologia, pare a V. SCIALOJA, cit. *Lezioni*, pag. 155 e 157, la ricerca diretta a caratterizzare l'*aut-aut* che è il fondamento dell'alternativa. Originale, ma alquanto discutibile, mi pare l'insegnamento del BONFANTE (*cit. Lezioni* del 1911-12, pag. 172-173), secondo il quale questa sottile disputa teorica, concettuale, « si risolve tenendo presente il diverso senso della parola *obligatio*, come obbligazione, cioè, e come debito. .. L'obbligazione è unica rispetto al vincolo, molteplice rispetto al debito ».

(1) *Op. cit.*, § 43, pag. 210-211.

(2) POTHIER, *op. cit.*, n. 246, pag. 62.

Importanti corollarî scendono dal principio che nell'alternativa si hanno due o più cose (meglio prestazioni) *in obligatione*, comprese cioè disgiuntivamente in un unico vincolo obbligatorio. Accenniamoli:

1°) L'obbligazione non è che in apparenza alternativa, riducendosi in fondo ad un'obbligazione semplice quando una sola fra le più prestazioni presenti i caratteri che vedemmo richiesti per l'oggetto delle obbligazioni in generale. Dice l'Art. 1179: « L'obbligazione è semplice, quantunque contratta in modo alternativo, se una delle due cose promesse non poteva formare oggetto dell'obbligazione ». Così p. es. se una delle due prestazioni promesse è impossibile, riguarda cosa *extra commercium* od è illecita. Ma bisognerà badar bene che sotto l'apparenza dell'alternativa non si celi un'obbligazione con clausola penale, chè in simil caso va applicato l'Artic. 1210, per cui « la nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale ».

Tizio, per esempio, convenne con Caio che o lo aiuterà nell'esercizio del contrabbando (prestazione illecita) o gli darà mille lire. Il decidere se questa obbligazione, apparentemente alternativa, resti in piedi come obbligazione semplice avente per oggetto la prestazione delle lire mille, o non piuttosto cada del tutto quale obbligazione illecita voluta rafforzare mediante clausola penale, spetterà al magistrato, che si regolerà secondo che dalle circostanze risulti che le parti conoscessero o no la illiceità di una delle prestazioni. Criterio questo che mi par preferibile a quello indicato da alcuni autori, come il PACIFICI-MAZZONI ed il GIORGI (1), secondo i quali l'obbligazione dovrebbe restare in piedi come obbligazione semplice se le due prestazioni formino alternativamente obbietto dell'obbligazione come principali o indipendenti l'una dall'altra, mentre dovrebbe cadere del tutto l'obbligazione se la prestazione illecita era nell'intendimento principale delle

---

(1) PACIFICI - MAZZONI, cit. *Istituz. di Dir. civ.* IV (4ª ediz)., n. 27, pag. 111-112 e GIORGI *op. cit.*, Vol. IV (7ª ediz., Firenze, Cammelli 1908), n. 421, pag. 519. Citano poi e l'uno e l'altro la l. 12 D. de verb. oblig. 45, 1, che proprio nulla ha a che fare con l'argomento. Piuttosto poteano invocare la l. 129 § 1 D. de reg. iur. 50, 17 di PAOLO: « quum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent »

parti. Simile criterio è troppo vago, seppure non si risolve in una petizione di principio, perchè dà come chiave per la risoluzione del quesito ciò che costituisce l'oggetto del quesito stesso. La vera norma da suggerire al giudice mi par quella dianzi indicata, perchè quando la illecitezza di una delle prestazioni era nota alle parti, ne rimane *ab origine* inquinata tutta intera l'obbligazione, anche in quella prestazione adunque di per sè lecita che fu posta, per così dire, nell'altro piatto della bilancia. Viceversa è troppo assoluto il LAROMBIÈRE, che senza distinguere caso da caso afferma recisamente l'assoluta nullità dell'obbligazione quand'uno degli oggetti di essa sia contrario alla legge, ai buoni costumi o all'ordine pubblico (1). Ciò è in troppo aperto contrasto coll'Art. 1179 (1192 del Cod. francese) che stiamo commentando, articolo che va bensì contemperato con la norma del 1210 (1227 del Cod. francese) ma non già sacrificato ad essa senz'altro.

2°) Il creditore, salvo che a lui spetti la scelta, non può domandare in giudizio una delle prestazioni, ma deve formulare la domanda di tutte in modo disgiuntivo.

3°) Prima che sia fatta la scelta non si può sapere, dato che l'obbligazione contempli alternativamente prestazioni di varia natura, quale cioè riflettente cose mobili, quale cose immobili, quale divisibile, quale no, se sia appunto mobiliare o immobiliare, divisibile o indivisibile la ragione di credito.

4°) Fino a che la scelta non è avvenuta, essendo tutte le cose *in obligatione*, benchè una sola dovuta, non avviene passaggio di proprietà di nessuna delle cose stesse, posto che trattisi appunto di alternativa fra più prestazioni di dare. E ciò perchè la proprietà non può essere che un diritto sopra cosa determinata e qui ne sarebbe ancora incerto l'oggetto. Impropriamente dunque sarebbe qui invocato l'Art. 1125 (1138 Cod. fr.), secondo il quale nei contratti aventi per oggetto la

---

(1) LAROMBIÈRE, *op. cit.*, T. III, sull'Art. 1192 Cod. fr. n. 2. pag. 332. Lo riporto testualmente: « Lorsqu'une des choses promises ne peut être le sujet de l'obligation, parce qu'elle est prohibée par la loi, contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public, il ne faut pas croire que, dans ce cas, l'obligation devienne pure est simple. Elle doit être déclarée nulle pour le tout à raison du vice qui infecte sa cause même ».

traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per solo effetto del consenso legittimamente manifestato.

C'è invece chi ritiene che il creditore divenga subito proprietario della cosa con cui si effettuerà in definitiva la prestazione e precisamente proprietario sotto la condizione sospensiva che la scelta cadesse appunto sopra quella tal cosa (1). La scelta, dicono, è sempre la condizione sospensiva, da cui dipende il concretarsi dell'obbligazione quanto all'oggetto: ora è regola che la condizione sospensiva retrotrae il suo effetto al giorno in cui fu contratta l'obbligazione (Art. 1170, conf. all'Art. 1179 Cod. fr.): beninteso, si soggiunge, che in confronto ai terzi l'effetto della traslazione di proprietà è subordinato, trattandosi di immobili, alla trascrizione. Esempio. Tizio si obbliga a darmi o il fondo *a* o certe gioie a mia scelta. Io divento subito proprietario del fondo e delle gioie sotto la condizione sospensiva della scelta: laonde se questa cadrà sulle gioie si considererà ch'io ne abbia acquistata la proprietà sino dal dì del contratto, e così del fondo se lo preferisco, ma in quest'ultima ipotesi il trapasso è pienamente operativo di effetti verso i terzi solo nel caso e dal giorno in cui sia avvenuta la trascrizione. Ma qui è arbitrariamente invocato il concetto di condizione senza badare alle intrinseche differenze che intercedono fra l'obbligazione alternativa e la condizionale, mentre, come vedremo, in un solo caso l'elemento condizionale si intreccia all'alternativa, ed è quando la scelta spetta ad un terzo.

C'è chi ammette l'opinione testè combattuta solo quando la scelta spetti al creditore; si dice che, appunto in forza dell'arbitrio a lui consentito, egli è divenuto proprietario *ab initio* della cosa che sceglie e verso la quale potè subito indirizzarsi la sua intenzione (2). Ma questo sarebbe, io rispondo, un *propositum in mente retentum*, per sè stesso improduttivo di giuridici effetti: sia pure che scegliendo egli non faccia che rivelare cosa determinata nell'animo suo sin dal principio, resta pur sempre che di una scelta non estrinsecata, ma fatta solo mental-

(1) Così per esempio DEMOLOMBE, cit. *Cours* etc. T. XXVI n. 19, pag. 16-18, COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil* (continuazione del DEMANTE dall'Art. 980 in poi), T. V (Paris, Plon 1883) n. 115 *bis*, VI, pag. 183-184.

(2) MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. IV (6e édit., Paris, Delamotte 1866) sull'Art. 1194 n. 587, pag. 478.

mente, il Diritto non può tener conto. L'opinione da noi abbracciata (1) ha per sè, oltre a tutto, la dichiarazione esplicita del BIGOT-PRÉAMENEU oratore del governo dinanzi al Corpo legislativo su questa parte del Codice francese. Ecco le sue parole: « Lorsque l'une ou l'autre de deux choses a été promise, il y a incertitude sur celle des choses qui sera delivrée au créancier, et de cette incertitude il resulte qu'aucune propriété n'est transmise au créancier que par le paiement de l'une des choses. Jusqu'alors cette propriété reste sur la tête . . . du débiteur » (2).

Va da sè che è profonda la diversità delle risultanze pratiche secondo si addotti l'uno o l'altro principio. Per noi, rimanendo fino al momento della scelta proprietario il debitore, la vendita ch'egli faccia anteriormente alla scelta di una delle cose ad un terzo è pienamente valida, tuttochè quel terzo sapesse trattarsi di cosa dedotta nell'obbligazione alternativa, nè potrà il creditore, se pure a lui competea la scelta, dichiarare che voleva quella tal cosa, sì da perseguitarla con la *rei vindicatio* (ammissibile pur trattandosi di mobili quando il terzo sia di mala fede, Art. 1126) nelle mani di quell'acquirente. Egli avrà solo azione contro il proprio debitore, pretendendo o la cosa rimasta o il valore di quella da lui alienata (arg. dagli Art. 1180, 1191). Parimenti chi accolga la nostra opinione concluderà che in caso di fallimento del debitore il creditore non ha verso di lui che un'azione personale e dovrà correre la sorte degli altri creditori, mentre gli avversarî, considerandolo proprietario *ab initio* della cosa su cui cade la scelta, gliene accorderanno la rivendicazione dalla massa del fallimento (3).

---

(1) La sostengono pure TOULLIER, *Le Droit civil français*, T III (Bruxelles, Wahlen 1847, corrispond. al T. VI dell'ed. franc.), n. 695, pag. 465, LAROMBIÈRE, *op.* e *vol cit.*, sull'Art. 1138 n. 18, T. I, pag. 457 e sugli Art. 1193-1194, n. 2, T, III, pag. 334, LAURENT, *Principes*, XVII, n. 221, pag. 234-236, VIGIÈ T. II, n. 1363 citato in *Pandectes françaises*, v° *Obligations*, Vol. I, n. 1517, pag. 198, BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 78-80, GIORGI, *op. cit.*, Vol. IV, n. 436, pag. 537-538.

(2) FENET, XIII, pag. 246. Va rettificata però l'asserzione che solo coll'effettiva prestazione (paiement) di una delle cose ne avvenga il trapasso di proprietà, mentre invece basta all'uopo la determinazione di essa mediante la scelta, fatta che sia in modo da essere irretrattabile. Cfr. LAURENT, *op.* e *vol. cit.*, n. 221, pag. 236.

(3) Veggansi alcuni degli autori dianzi citati e DE CRESCENZIO, *op. cit.*, n. 188, pag. 239.

41. A meglio precisare la figura giuridica dell'alternativa contrapponiamovi altre specie di obbligazioni più o meno affini. Anzitutto conviene ben bene distinguerla dalla cosidetta *obbligazione facoltativa*, che meglio chiameremo obbligazione semplice accompagnata da una *facultas alternativa*, sembrando che quella espressione racchiuda una contraddizione *in adiecto*. È il caso di chi è tenuto ad una prestazione sola, ma gli è data tuttavia facoltà di liberarsi dal vincolo obbligatorio mediante una prestazione diversa. Ce ne porge esempio il Codice in quei due soli casi in cui ammette rescindibilità per lesione (Art. 1038 capov. comb. coll'Art. 1042 e Art. 1529 comb. coll'Art. 1534). La rescissione del contratto di vendita immobiliare effettuata per meno della metà del giusto prezzo, ecco la sola cosa che il venditore può esigere ed alla quale il compratore ha obbligo di prestarsi, ma poi a quest'ultimo è data la facoltà di evitare, se così gli piaccia, quella grave conseguenza prestando invece al venditore il supplemento al giusto prezzo: dicasi lo stesso nel caso di lesione oltre il quarto occorsa in una divisione ereditaria. Non sono qui dunque *duæ vel plures res in obligatione*, bensì una sola, ma oltre ad essa ve ne ha una o più altre *in facultate solutionis*. Ciò stante avremo conseguenze diametralmente opposte a quelle segnalate nell'alternativa quali corollari della massima ch'essa presenta *duæ vel plures res* tutte comprese nel vincolo obbligatorio. Quindi p. es. si potrà immediatamente decidere, desumendolo dalla natura dell'unica prestazione dovuta, se l'obbligazione sia mobiliare o immobiliare, divisibile o indivisibile; quindi si dirà senz'altro nulla l'obbligazione se l'oggetto di essa non presenti tutti gli estremi già da noi studiati, e ciò anche se li presenti per avventura l'altro oggetto posto *in facultate solutionis*. Notevole è pure la differenza nei riguardi della sopportazione del rischio e pericolo. Qualora cioè la cosa fortuitamente perisca, l'obbligazione si estinguerà tosto se è obbligazione semplice accompagnata da *facultas alternativa*, sia pure che sopravviva la cosa dedotta *in facultate solutionis*, mentre se delle due o più cose dovute nell'alternativa una sola ri-

mane, essendo le altre fortuitamente perite, sovr'essa si concentra l'obbligazione (Art. 1180). Tuttociò per applicazione delle regole sul caso come causa di estinzione delle obbligazioni, regole che verranno in seguito illustrate.

In taluni casi può apparire dubbio se trattisi di obbligazione alternativa, o di semplice *facultas alternativa*, ed allora il vederne disciplinato dalla legge qualche effetto in uno od altro modo guiderà alla decisione. Esempio. La collazione delle donazioni immobiliari ricevute dal comune ascendente può essere fatta dal discendente ai propri coeredi in due modi, o in natura o per imputazione, a sua scelta. È questa un'obbligazione alternativa vera e propria, o si tratta di semplice *facultas alternativa*? Esaminando quella parte del Codice che alla collazione si riferisce, ci imbattiamo nell'Art. 1012, il quale dice: « L'immobile che è perito per caso fortuito e senza colpa del donatario non è soggetto a collazione » Ebbene, ecco un testo di legge che ci soccorre a risolvere il quesito nel senso che non trattisi di obbligazione alternativa, perchè se fosse tale, perito fortuitamente uno degli oggetti dedotti in obbligazione, questa non cesserebbe, ma si concentrerebbe nell'altra prestazione.

Se si volesse istituire un raffronto fra queste due figure giuridiche di obbligazioni con più oggetti e corrispondenti figure giuridiche di obbligazioni con più subbietti, diremmo che l'alternativa richiama alla mente l'obbligazione solidale passiva (1) e la obbligazione semplice accompagnata da una *facultas alternativa* si può accostare invece al caso dell'*adiectus solutionis causa*, cioè dell'obbligazione in cui è designata oltre al creditore un'altra persona come autorizzata a ricevere il pagamento, dato che ad essa voglia il debitore effettuarlo.

Un caso elegante e di molta importanza pratica, nel quale si vede il succedersi dell'una figura giuridica all'altra, e precisamente all'obbligazione alternativa tener dietro e concatenarsi una obbligazione

(1) Il che però non va preso alla lettera. Cfr. CHIRONI, cit. *Istituz. di Dir. civ.*, II, § 262, pag. 25 (2ª. ediz.).

semplice con facoltà alternativa, parmi doversi ravvisare nel § 264, 1° comma, del *Codice germanico* (1). Tradotto, questo § suona così: « Se il debitore cui compete la scelta non la effettua prima che cominci l'esecuzione forzata, il creditore può dirigere l'esecuzione a sua scelta sopra l'una o sopra l'altra prestazione; tuttavia fino a che il creditore non abbia ricevuta in tutto o in parte la prestazione da lui scelta, il debitore può liberarsi dal suo obbligo mediante una delle altre prestazioni ». Se dunque il debitore persista nella mora, tanto che il creditore arrivi allo stadio esecutivo, per non rendere frustraneo il suo diritto di credito bisogna pure trasferire a lui il diritto di scelta, sicchè egli *in executivis* agisca per realizzare o l'una o l'altra delle prestazioni promessegli. Però, anche dopo iniziata l'esecuzione verso l'oggetto oramai scelto dal creditore e nel quale pertanto l'obbligazione si è concretata trasformandosi in obbligazione semplice, è data al debitore esecutato la *facultas alternativa* di liberarsi mediante altra delle prestazioni comprese già nell'obbligazione alternativa, e ciò sino a che il creditore non abbia in tutto o in parte realizzata la prestazione da lui scelta. — Non so se anche da noi si potrebbe, nel silenzio della legge, essere tanto benevoli verso il debitore da concedergli ancora *in executivis* simile facoltà alternativa. Ma d'altra parte troppo rigida e priva di ogni appoggio legale mi pare l'opinione che ammette possibile la perdita del diritto di scelta del debitore tostochè egli cada in mora, e ciò autorizzando il giudice o a deferire la scelta al creditore o ad esercitarla da sè medesimo in luogo dei contraenti (2). Non solo la mora, ma nemmeno il giudizio di dichiarazione nè la sentenza con cui il giudizio stesso si chiude fanno perdere al debitore il diritto di scelta, chè e il petito del creditore, e la sentenza di condanna del debitore devono contemplare alternativamente le varie prestazioni (3). È solo nel giudizio di esecuzione che sorge la necessità di dirimere l'alternativa, agendo per realizzare questa o quella prestazione, e che quindi la scelta passa al creditore. Ma basti di siffatto argomento, al quale siamo stati trascinati, anticipando cose che dovranno esplicarsi

---

(1) Cfr. STAMMLER, *op. cit.*, § 38, pag. 138.

(2) Così fra noi il DE FILIPPIS, *Corso completo di Dir. civ. it. comparato*, Vol. V (Napoli, De Pascale 1875) n. 207, pag. 152, e dopo di lui il GIORGI, *op. e vol. cit.*, n. 427, pag. 520.

(3) § 33 *Inst. Iust. de act.*, 4. 6. Cfr. pure WINDSCHEID, *Pandekten*, Vol. I § 125, nota 11, pag. 554 e Vol. II, § 255 testo e nota 11, pag. 27 (8.ª ed.).

più innanzi, dall'attrattiva di un caso tipico, inquanto si prestava a mettere in rilievo le differenze e i nessi pur possibili fra obbligazioni alternative e facoltà alternative.

42. Dall'obbligazione condizionale profondamente si distingue l'alternativa, perchè mentre nella prima è incerta, sinchè la condizione pende, la esistenza (cond. sospensiva) o la persistenza (cond. risolutiva) dell'obbligazione, nell'alternativa invece l'obbligazione è sin dal suo nascere certa e solo dipende dalla manifestazione di volontà, consistente nella scelta, che mediante questo o quell'oggetto la si adempia. E poichè unica è l'obbligazione, unico il vincolo, riflettente bensì in modo alternativo più oggetti (v. s. n. 40, pag. 205 e segg.), sarebbe errato il dire che siamo in presenza di due obbligazioni, la esistenza di una delle quali è condizionata alla esistenza dell'altra (1).

Senonchè se trattisi di obbligazione contrattuale alternativa, ove la scelta sia stata demandata ad un terzo, l'elemento condizionale entra come sospensivo della stessa obbligazione: in altre parole sussisterà o no l'obbligazione secondochè il terzo vorrà e potrà effettuare la scelta deferitagli, o no. Lo si argomenta dall'Art. 1454, relativo alla determinazione del prezzo nella vendita che abbiamo già altra volta ricordato (v. *supra*, n. 37 pag. 194 e segg.). Rileggiamolo nella parte che ci interessa: « Il prezzo nella vendita debb'essere determinato e specificato dalle parti. Può peraltro rimettersi all'arbitrio di un terzo scelto dalle parti nell'atto della vendita . . . Se la persona scelta nell'atto non vuole o non può fare la dichiarazione del prezzo la vendita è nulla ». Orbene, viene più che naturale l'analogia nel caso nostro, ove le parti si sono rimesse all'arbitrio del terzo non per precisare il prezzo ma per precisare la cosa onde l'obbligazione ha da adempiersi. E però anche in tal caso diremo nullo il contratto se il terzo non vuole o non può scegliere, conclusione già sancita dalla l. 141 § 1 D. de verb. obl. 45, 1 di GAIO. Diversa è la cosa in tema di

---

(1) Cfr. CARNAZZA, *op. cit.*, n. 11, pag. 25 e n. 15 pag. 36.

legati, dove (argomentando dall'Art. 872, relativo al legato di cosa indeterminata cadente sotto di un genere o di una specie con facoltà di scelta rimessa ad un terzo) vige il principio che «ricusando il terzo la scelta, o non potendo farla per morte o per altro impedimento, essa viene fatta dall'autorità giudiziaria». Quale la ragione di questa diversità di trattamento fra il caso di obbligazione contrattuale e quello di obbligazione derivante da testamento, come è l'obbligo incombente all'erede di pagare il legato? Si invoca il principio «voluntates testantium sunt plenissime interpretandae»; in omaggio cioè alla sacra volontà del defunto devono le disposizioni sue intendersi sempre «potius ut valeant quam ut pereant». Onde anche il Diritto romano, che vedemmo dichiarare nulla l'obbligazione contrattuale alternativa se il terzo non effettua la scelta a lui deferita, in analoghe circostanze serba invece forza al legato, bensì deferendo la scelta al legatario stesso, anzichè all'autorità giudiziaria (l. 3 § 1 Cod. comm. de leg. et fideicomm. etc. 6, 43). Della differenza può addursi anche un'altra ragione: il contratto è opera concorde di ambe le parti; si può dunque dire: *imputet sibi* il creditore se lo stipulò concedendo di rimettere la scelta ad un terzo, che poi non vi si presta. Il legatario invece, se per ciò il legato cadesse, verrebbe a soffrire per effetto di una circostanza, nella quale non ha avuta nessuna parte.

Rammentiamo del resto le giuste censure che si sono fatte al principio dell'Art. 1454 (donde si è qui argomentata la nullità del contratto ove il terzo non effettui la scelta), parendo di gran lunga preferibile la massima sancita dall'Art. 60 del Codice di commercio, per cui, se il terzo eletto per determinare il prezzo della vendita non vuole o non può accettare, le parti devono procedere a nuova nomina, la quale vien fatta dall'autorità giudiziaria ov'esse non si accordino (V. *supra*, n. 37, pag. 195). In vista di ciò, nella citata sua monografia *su la natura giuridica delle obbligazioni alternative,* FERDINANDO ROCCO vorrebbe che si argomentasse piuttosto dall'Art. 60 Cod. comm., salvo «quando la volontà condizionale possa legittimamente e manifestamente inferirsi», chè allora certo, in caso di mancata scelta

da parte del terzo, dovrebbe ammettersi, egli dice, la decadenza dell'obbligazione. Sarà dunque questione volta per volta di interpretazione di volontà; « ma certo dovendo stabilire una presunzione, è meglio stabilirne una a favore della *incondizionalità* e quindi della *validità* del contratto anzichè una contraria (art. 1132) ». Egli pertanto a me, che ho tratto argomento in materia di obbligazione alternativa contrattuale dall'Art. 1454, imputa, sia pure in forma squisitamente cortese, di essere andato contro l'Art. 4 Dispos. preliminari del Codice civile per ciò che una « disposizione che commini una nullità, cioè la decadenza di un diritto, sia da considerarsi d'indole *eccezionale* e quindi non sia capace di interpretazione analogica (1) ». La replica a tutta codesta argomentazione è per parte mia semplicissima. Norma eccezionale veramente, e quindi tale da non potersene giusta l'Art. 4 Tit. prelim. del Codice argomentare per analogia, è, per quanto plausibile, quella che all'autorità giudiziaria, istituita per decidere le liti, affidi il ben diverso cómpito di determinare essa uno degli elementi (l'oggetto) essenziali alla formazione di un contratto. Io potrò fare e realmente ho fatto voti *de lege ferenda* perchè anche in materia civile, come nella commerciale, questo cómpito le si affidi, qualora non vi si presti il terzo. Ma intanto allo stato attuale è fuor di proposito affatto parlare di *nullità* o decadenza di un diritto (quale diritto ?) argomentata per analogia, anzichè di modo di determinazione di un elemento essenziale del contratto, da doversi serbare nei limiti in cui, bene o male che sia, il legislatore ha creduto di contenerlo. Abbiamo poi parlato (come di cosa di sua natura eccezionale) dell'intervento in siffatto campo della autorità giudiziaria, poichè in esso sta il nocciuolo dell'Art. 60 Cod. comm. da cui si vorrebbe ragionare per analogia, mentre l'accordo delle parti nella scelta di altra persona in sostituzione del terzo che non può o non vuole scegliere, accordo di cui previamente discorre il citato Art. 60, già veniva da sè quale mezzo succedaneo, pur nel silenzio del legislatore, e là se ne parla meno in via imperativa che in via pregiudiziale all'intervento del magistrato.

43. Vediamo finalmente le differenze che intercedono fra le obbligazioni alternative e le *generiche*. Come già il nome lo indica, sono tali quelle obbligazioni nelle quali le cose o

---

(1). F. Rocco. *memoria cit.*, *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, XLI, n. 22, pag. 60-61.

prestazioni dovute sono considerate soltanto con riguardo alle loro qualità generiche, specificate cioè soltanto nel genere e non come individui. Nelle alternative invece ciascuna cosa o prestazione è considerata specificatamente ed individualmente (1). Tale l'obbligazione di dare un cavallo, cento ettolitri di vino, e simili. Quanta sia l'affinità fra queste due categorie di obbligazioni è evidente, tanto che PAPINIANO giunse sino a costruire giuridicamente le generiche come alternative fra tutti gli individui compresi in quel dato genere, il legato p. es. di uno schiavo come alternativo fra tutti gli schiavi esistenti (2). Ma questa costruzione, per quanto seducente, non deve trarre in errore, nè far dimenticare le differenze di caratteri e di effetti fra le due categorie di obbligazioni in discorso, differenze che accenneremo fra breve.

Intanto osservo che, quantunque d'ordinario si tengano presenti le sole obbligazioni di dare quando si parla di obbligazioni generiche, cadono tuttavia sotto lo stesso concetto anche obbligazioni di fare, cioè di prestare delle opere in genere. Ce lo insegna GIULIANO nella l. 54, § 1 D. de verb. obl. 45. 1: « Operarum stipulatio similis est his stipulationibus in quibus genera comprehenduntur, et ideo divisio eius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit ».

(Esemplifichiamo ciò che si contiene nell' ultima parte del citato passo. Ci sono due persone eredi in parti uguali di Tizio, a cui Caio avea promesse dieci giornate di lavoro: come se gli avesse promesse dieci moggia di grano la divisione del credito seguirebbe fra i due eredi col criterio del numero, idest diritto a cinque moggia per cadauno, e non col trasferire a ciascun d'essi la proprietà indivisa per

---

(1) BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 75-76.

(2) l. 66, § 3, D. de legat. 2 (XXXI). Ma circa la portata precisa di questa legge, eventualmente più ristretta di quella che a prima vista apparirebbe, cfr., fra altri, RYCK, *op. e vol. cit.*, pag. 213, VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in Diritto romano* (estr. dagli *Studi Senesi*, Vol. XXVI, Torino, Bocca 1909) specialmente a pag. 47 e segg. e BUONAMICI, *Recitatio solemnis de obligatione et legato generis etc.*, a cui ha data occasione la monografia del VASSALLI, in *Rivista ital. per le sc. giuridiche*, Vol. XLIX (1911) pag. 35 e segg.

quote uguali sulle dieci moggia, così pure qui si seguirà tal criterio, cioè diritto a cinque giornate di lavoro per ciascuno degli eredi predetti).

Ora la grande differenza dalle alternative sta in ciò, che, mentre nell'alternativa per essere ciascuna prestazione individuata sin dall'origine le *duæ vel plures res* sono tutte *in obligatione*, ciò non si può dire rispetto alle generiche, perchè, appunto per la mancanza della predetta individuazione, ciò che si trova *in obligatione* non è già la cosa *a*, la cosa *b*, la cosa *c*, ecc. ma bensì il *genere*. Dal che discende che, mentre l'alternativa non può certo eseguirsi col prestare cosa che era già proprietà del creditore quando l'obbligazione sorse, sia pure che più non lo sia al momento in cui la si adempie, il principio opposto deve valere trattandosi di obbligazione generica. Esempio: Tizio promette di darmi o il cavallo *a* o il cavallo *b* a sua scelta. Ma si constata poco dopo che versavamo in errore rispetto al cavallo *a*, ch'esso cioè era già mio in allora, nè poteva quindi formar oggetto di quel contratto d'acquisto. Allora che cosa avviene giuridicamente? Ciò che già altra volta notammo illustrando l'art. 1179: l'obbligazione apparentemente alternativa vale come obbligazione semplice avente per unico oggetto il cavallo *b*, come se di questo soltanto si fosse fatta parola fra le parti. E poichè è regola che non si può dare *aliud pro alio* contro volontà del creditore, ne viene che, se per successivi eventi il cavallo *a* avesse cessato di esser mio e fosse realmente divenuto proprietà di Tizio, mio debitore, nel momento in cui l'obbligazione scade, egli non potrebbe adempierla col darmi, se così gli piaccia, il cavallo *a*, perchè ripeto, esso non ha potuto *ab origine* entrare nell'alternativa, nè posteriori eventi possono variare questo stato di cose. Supponiamo invece che Tizio mi avesse promesso di darmi genericamente un cavallo: egli potrà benissimo a scadenza soddisfare l'obbligazione dandomi un oggetto di quel genere che fosse stato mio quando l'obbligazione sorse, purchè tale più non sia al presente. Su di ciò mi basterà rinviare alla l. 72 § 4 D. de solut. et liberat. 46, 3 di MARCELLO, il cui insegnamento, anzichè quello di PAPI-

NIANO, costituisce veramente il principio proprio del Diritto giustinianeo (1).

Profonde sono pure le differenze sempre derivanti dal sovresposto principio per quanto riguarda il fortuito perimento. Anticipando per un istante nozioni che meglio svilupperemo altrove, notiamo che, se trattisi di alternative dove tutte le prestazioni sono *ab initio* individuate, dato che tutte le cose casualmente periscano senza che il debitore sia in mora, il debitore stesso è assolto da ogni obbligo, ma non perde tuttavia il diritto alla controprestazione pattuita (nella vendita dunque al prezzo) (Art. 1182, 1298). Quando invece siamo in tema di obbligazioni generiche, o si tratta di un genere talmente lato che di perimento fortuito è assurdo il discorrere (obbligazione di dare un cavallo), oppure questo perimento, data la limitazione del genere contemplato, è possibile, ed allora, come si vedrà a suo tempo, si estingue bensì l'obbligazione pel debitore del *genus*, ma anche il creditore a sua volta, per non essere stata ancora individuata la cosa da prestarsi, è liberato dalla controprestazione promessa.

43 *bis*. Se tale e tanta è la diversità di effetti secondochè l'obbligazione è generica od alternativa, sarà della maggiore importanza il distinguere caso per caso se ricorra l'una o l'altra figura giuridica. Nè la cosa è tanto semplice come si potrebbe credere a prima vista, perchè si domanda quali sono i limiti del concetto di *genere*, il che ci porta in piena filosofia.

Escluso pure il *summum genus* dei filosofi (una pianta, un animale, che, come altra volta si è detto, non può per la soverchia sua estensione ed indeterminatezza formar oggetto di obbligazione) il quesito sorge poi nella direzione opposta, cioè per istabilire quale è l'estremo limite delle determinazioni ammissibili senza che scompaia per esse il concetto di *genus*. Esempio: Io ti vendo cento litri di vino. L'obbligazione è generica. E se preciso che sia vino rosso? Resterà

(1) Com'è dimostrato dal VASSALLI, *op. cit.*, pag. 51-52.

tale ancora. E se dico per di più che trattasi di vino veronese, e se tra il veronese ulteriormente specifico dichiarando di vendere cento litri di Valpolicella? Sarà ancora obbligazione di genere. Ma *quid* se, restringendo il campo ancor più, si parli di cento litri di quel Valpolicella che in numerose botti conservo nella mia cantina? La questione fa venire alla mente la famosa prima epistola del Libro II di Orazio a proposito del numero di crini necessarî a formare la coda di un cavallo o dei grani che occorrono per poter parlare di un monte di grano (*acervus*), dove, continuando a levare via via delle unità, vien fatto di domandare sino a che punto perduri il concetto della coda o del mucchio.

Or ecco ciò che i filosofi ci insegnano in proposito. In ogni individuo, in ogni ente c'è non soltanto ciò che gli appartiene in proprio e lo contraddistingue pertanto da ogni altro individuo esistente, ma ci sono anche qualità che esso ha comuni con gli altri. Orbene, in base ai caratteri che la esperienza ha fatto conoscere come i più importanti, si fanno le classi di individui. Il gruppo che risulta immediatamente dalla riunione di individui aventi comuni i caratteri essenziali più prossimi (passi la parola) è detto *specie*, e quando poi noi facciamo sopra un certo numero di specie il lavoro che abbiamo fatto sugli individui, riunendole in un gruppo in considerazione dei loro caratteri comuni, questa classe superiore porta il nome di *genere*, e se noi ricominciamo questo lavoro sopra un certo numero di generi per formare un gruppo anche più elevato, questo gruppo porterà ancora il nome di *genere*, ma i generi ch'esso ha riunito sono detti specie rispetto ad esso. E così via. Si vede dunque che le due denominazioni genere e specie, non sono assolute che alle due estremità di una classificazione: *genere* animale, *specie* cane levriero: fra questi due estremi le due denominazioni sono correlative; una classe non si chiama genere che per rapporto alle specie che la compongono e non si chiama specie che per rapporto al genere di cui essa fa parte (1). Ripetiamo che in questa scala

---

(1) Cf. specialmente *Dictionnaire de sciences philosophiques* (2. édit., Paris 1875) v. *Généralisation* e *Genre*.

gerarchica il nome *assoluto* di genere spetta al primo gradino, mentre invece non si potrà più dire genere, ma specie, l'ultimo gradino, ove sta un gruppo che non si decompone in ulteriori gruppi, ma in singoli individui. Ebbene, giova avvertire che anche questa, ch'è in senso stretto specie e non genere per i filosofi, cade invece nel concetto di genere per i giuristi, e conseguentemente generica è l'obbligazione che la riguarda, es. l'obbligo di dare un cane levriero. I giuristi chiamano invece obbligazione di specie quella che ha per oggetto determinati individui; es. l'obbligazione di dare il tale cane si dice, dietro i Romani, che ha per oggetto una *species*. (Il Codice nostro però in più luoghi prende specie come sinonimo di genere (es. Art. 840, 1248). Ma, anche ammessa in confronto ai filosofi questa estensione nel concetto di genere e conseguentemente di obbligazione generica, sta sempre che lo stesso gruppo minimo, quello detto dai filosofi specie, rappresenta una classazione fatta in base a caratteri essenziali comuni. A stretto rigore invece non si dovrebbe parlar più di genere e di obbligazione generica, quando il concetto del gruppo, da cui dovrà trarsi l'oggetto mediante il quale adempiere l'obbligazione, risulta da circostanze estrinseche e non dall'intrinseca natura degli enti in quel gruppo raccolti. Esempio: L'obbligazione ha per oggetto la prestazioue di cento litri del vino che si trova in una data cantina, ovvero una delle opere di una biblioteca, o uno dei cavalli che si trovano nelle scuderie di Tizio. Salvo il caso, per fermarci al primo esempio, che il vino di quella cantina rappresenti tutto quello che esiste di quella data specie (è il solo coltivatore, suppongasi, che conservi Valpolicella di cinquant'anni fa), salvo questo caso, non si può a rigore parlare di genere; l'obbligo di dare un ettolitro di quel vino è obbligo di dare una parte di un tutto bene individuato e individuato per la circostanza accidentale del luogo ove è riposto, non già di dare un individuo appartenente ad un genere. Abbiamo qui un'obbligazione che ha realmente assai più dell'alternativa che della generica, con questo solo di speciale che la specificazione de-

gli oggetti coi quali adempiere l'obbligo si effettua mediante un'operazione di peso, numero o misura, destinati a scernere dal tutto la parte con la quale soddisfare il debito (1). Eppure questa circostanza del modo speciale onde l'individuazione dell'oggetto dovrà effettuarsi ha influito talmente sull'animo del legislatore, da indurlo ad agguagliare questo caso, *in quanto riguarda il pericolo delle cose cadute in contratto* (2), al caso di vere e proprie obbligazioni generiche. Lo si desume dagli Art. 1450, 1451, che contemplano le due diverse ipotesi di vendita di mercanzie in massa (*per aversionem*), ovvero invece a peso, numero e misura. S'intende fatta la vendita in massa quando le cose sono state alienate per un solo e certo prezzo senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero o alla misura; esempio: ti vendo per diecimila lire tutto il vino che c'è nella mia cantina, tutto il frumento del mio granaio, e così pure se al peso, numero, misura si abbia riguardo al solo effetto di determinare la quantità del prezzo stesso; esempio: ti vendo tutto il vino della mia cantina a venti lire l'ettolitro. In tal caso la vendita è come se risguardasse un oggetto singolo, è immediatamente perfetta, donde la conseguenza che tosto il pericolo passa all'acquirente, giusta le norme che più estesamente verranno esposte nel Titolo consacrato agli effetti delle obbligazioni e del loro inadempimento. Quando si tratta invece di vendita a peso, numero o misura (tanti metri di quel panno, tanti chilogrammi dello zucchero esistente in un dato deposito, tante botti delle molte contenute in quella cantina), la vendita non è perfetta sinchè non sia seguita la numerazione, la pesatura, la misurazione, operazioni che qui servono per individuare l'oggetto della prestazione, e non semplicemente, come nell'esempio recato

---

(1) V. BRINZ, cit. *Pandekten*, II Bd. I Abth., § 241, pag. 99 e segg.

(2) Così sta scritto già nella 1ª edizione del presente volume e però non regge l'appunto che mi muove F. ROCCO, *op. cit.*, n. 25, pag. 70 del Vol. XLI della *Riv. it. per le sc. giuridiche*, di aver classate senz'altro per il Codice nostro fra le generiche tali obbligazioni, ch'egli denomina *obbl. di quantità*.

dianzi, per poter determinare l'importo complessivo del prezzo. Ebbene, è appunto questo il caso che, per ciò che riguarda il fortuito perimento, il Codice tratta come se si fosse in presenza di un'obbligazione generica: infatti esso dispone che, finchè le cose non siano state numerate, pesate o misurate, la vendita non sia perfetta inquanto esse stanno a rischio e pericolo del venditore. È il principio stesso del Diritto romano (1). Se p. es. un'inondazione porta via tutto il vino della cantina prima che fra le tante botti si fossero designate le dieci da consegnare a me compratore, l'obbligazione è estinta pel venditore, ma io a mia volta sono esonerato dall'obbligo di pagare il prezzo. Però in pratica si badi bene di esaminare caso per caso la vera volontà dei contraenti, perch'essi avrebbero potuto accennare al vino contenuto in quella cantina solo *demonstrationis* e non già *taxationis causa*, e allora l'obbligazione persisterebbe per ambedue le parti.

Fin qui, inquanto si è trattato di contrapporre le generiche, come figura a sè di obbligazioni, alle alternative, ho dovuto tener presenti le alternative dove le prestazioni disgiuntivamente contemplate sono di *species*. Ma ora osservo che l'una o l'altra delle prestazioni contemplate nell'alternativa od anche tutte possono a loro volta, anzichè di una *species*, essere di un *genus*. Esempio ti darò *un* cavallo o *il mio* anello, *un* cavallo o *un* bue. Riuscirà allora facile la combinazione dei principî proprî di queste due categorie di obbligazioni (l'alternativa e la generica), che assieme si intrecciano (2).

44. Ora che si è precisato il concetto delle obbligazioni alternative per via di raffronto con altre categorie di obbligazioni, torno ad esse per brevi istanti, allo scopo di soffermarmi sul fatto della scelta importantissimo in siffatte obbligazioni come quello per cui si viene ad individuare l'oggetto

---

(1) l. 35 § 7 D. de contrah., emt. 18, 1, l. 1, § 1, l. 5, l. 14 § 5 D. de peric. et comm. rei vend. 18, 6.

(2) Cir. HASENÖHRL, cit. *Das oesterr. Obligationenrecht*, Vol. I, § 15, pag. 201.

col quale estinguere il debito. L'essenziale dunque è di sapere a chi la scelta compete. Risponde l'Art. 1178: « La scelta appartiene al debitore se non è stata espressamente concessa al creditore », ovvero io aggiungo, rimessa ad un terzo. Ma meglio ancora si potrebbe dire, adottando la formula del primo progetto del Codice civile germanico, abbandonata nella seconda lettura e nella redazione definitiva (1), che la scelta appartiene al debitore *se non è determinato altrimenti dalla legge o dal negozio giuridico*. Perchè infatti può anche darsi che in un'obbligazione alternativa si trovi dalla legge assegnata la scelta al creditore anzichè al debitore. Ce ne fornisce l'esempio l'Art. 1415 capov. inquanto, sciolto il matrimonio per morte del marito, accorda alla moglie (creditrice) la scelta fra l'esigere durante l'anno del lutto i frutti e interessi della dote e il farsi somministrare invece per il tempo anzidetto gli alimenti dall'eredità del marito. Ma perchè poi, salvo che altrimenti stabilisca la legge o l'atto costitutivo dell'obbligazione, la scelta deve spettare al debitore piuttostochè al creditore? Perchè il diritto di scegliere è una nuova ragione, un vantaggio di più che il creditore verrebbe altrimenti a conseguire contrariamente all'Art. 1137, per cui « nel dubbio il contratto si interpreta contro colui che ha stipulato ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione », norma dettata veramente pei contratti, ma che ragion vuole si estenda alle obbligazioni tutte, da qualunque causa derivino: « semper in obscuris quod minimum est sequimur » (2).

---

(1) § 207: « steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, *wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist* ». Il § 219 della II Lesung e il § 262 del codice giungono in sostanza allo stesso risultato dicendo che la scelta *nel dubbio* spetta al debitore (« steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu »). Del solo *rapporto giuridico* come quello dalla cui speciale natura possa derivare eccezione alla regola che la scelta spetta al debitore parla il § 72 del Codice *svizzero delle obbligazioni* (Il § 82 della redazione del 1881 era anche meno comprensivo perchè diceva spettare la scelta al debitore « a meno che il *contratto* disponga diversamente »).

(2) l. 9 D. de reg. iur. 50, 17 di ULPIANO.

Senonchè sarebbe ragionevole che potesse il diritto di scelta spettare al creditore se anche non fu *espressamente* dichiarato nell'atto costitutivo, qualora ciò discendesse ugualmente dalle circostanze o dagli usi. Ma a così intendere la cosa pure *de iure condito*, come sostenne taluno di fronte all'Art. 1190 del Codice francese, identico al 1178 del nostro (1), resiste la chiara locuzione del testo. Certo è molto meglio considerata la cosa in tema di legati alternativi, dove l'Art. 874 dice: « la scelta *si presume* lasciata all'erede », ch'è il debitore del legato. *Si presume iuris tantum*, è ammessa cioè la prova in contrario, desumibile dalle circostanze o dal contesto dell'atto, se anche il testatore non ha detto espressamente di concedere la scelta al legatario (creditore),

Il diritto di scelta non esercitato da chi vi ha diritto si trasmette ai suoi eredi od aventi causa trattandosi di obbligazioni contrattuali, e ciò per applicazione dell'Art. 1127 che studieremo a suo luogo. (Nei legati alternativi l'Art. 875 parla di trasmissione del diritto di scelta ai soli eredi).

Quand'è che la scelta ha l'effetto definitivo di concentrare l'obbligazione sopra uno solo dei più oggetti contemplati nell'alternativa? Il nostro Codice tace affatto di ciò nella Sezione che tratta dell'obbligazione alternativa. In materia invece di legati alternativi, all'Art. 875 si legge: « La scelta fatta è irretrattabile ». Ora questo principio è troppo razionale perchè non lo si abbia da estendere a tutte le obbligazioni alternative. Però rimane la questione: quando si dirà fatta la scelta, sicchè non ci sia più luogo a quel *ius variandi* intorno a cui

---

(1) Cfr. DEMOLOMBE, *op. e vol. cit.*, n. 38, pag. 34, LAROMBIÈRE, *op. cit.* T. III, sull'Art. 1190 n. 2, pag. 316. *Contra* LAURENT, *op. cit.*, T. XVII, n. 235, pag. 247-248. Ciò solo che può, anzi deve ammettersi è che non abbisogni nessuna formula sacramentale. E nelle alternative contrattuali non occorre volta per volta, caso per caso dichiarare espressamente che la scelta appartiene al creditore quando ci si trovi dinanzi ad un'azienda od impresa che offre al pubblico contratti simili con un programma generale di agevolezze e di comodità che verrebbero a mancare se volta per volta la scelta si lasciasse all'impresa od azienda debitrice. Se ne riparlerà infra al n. 44 *bis*.

tanto discutono in questa materia i romanisti? Dal momento, io rispondo, in cui sia stata notificata alla controparte, se ad una delle parti spettava la scelta, ad entrambe se la scelta era rimessa ad un terzo. Molto opportunemente questo principio è dichiarato dal § 699 del *Codice sassone*. Anche il vigente *Codice germanico* dà peso alla notificazione dichiarando al § 263 « La scelta ha luogo mediante dichiarazione fatta alla controparte » (1): omette però il caso di scelta spettante ad un terzo, che pure era stato contemplato nell'originario Progetto (2). La notificazione all'interessato (o interessati) come quell'atto e momento dopo dei quali non resti più campo a pentimenti, ci sembra razionalmente necessaria, ma altresi sufficiente, troppo esigendo chi vuole inoltre l'accettazione della parte notificata, perchè, dice bene il GIORGI (3) nell'aderire su questo punto al LAURENT (4) « non si comprende come la necessità dell'accettazione si concilii con il diritto che ha il debitore, per regola, o il creditore [o il terzo, aggiungo io,] per eccezione, di fare la scelta. » Dichiarazione *unilaterale* dunque, ma, come ora usa dire, *recettizia* (5), senza che ci sia plausibile ragione a distinguere fra obbligazioni contrattuali dirette o no a trasmissione di proprietà (6) e nemmeno fra obbligazioni alternative derivanti da contratto o da altra fonte (7). Parimenti meritano di essere seguite le massime dal *Codice sassone* ac-

---

(1) « Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile ».

(2) §. 208 e § 212 capov, della *I Lesung*, dal Codice sassone diverso soltanto in questo che vi si riteneva sufficiente per la irretrattabilità della scelta la notificazione ad una sola delle parti.

(3) *Op. cit.*, Vol. IV, n. 430, pag. 529 (7ª edizione). Nello stesso senso, fra i nostri, BELLAVITE *op. cit.*, pag. 83-85, N. COVIELLO, cit. *Del caso fortuito*, pag. 240.

(4) *Cit. Principes*, vol. XXII, n, 232, pag. 246 e n. 237, pag 248.

(5) BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali* (Milano, Soc. ed. libr. 1906), n. 1, pag. 1 e seg.

(6) Cfr specialmente CROME, *op. cit.*, § 6, pag. 51 testo e note 15 e 16 (pag. 53 con aggiunta nota *a* dei traduttori nell'edizione italiana).

(7) Concorda BARASSI, *op. cit.*, pag. 249-250, ma con un'invocazione agli usi ed all'equità, che mi pare assida il principio sopra una base vaga e malsicura.

colte al § 700, che cioè la scelta si debba considerare ormai fatta anche quando il debitore cui essa spettava abbia effettuata la prestazione, sia pure parziale, di una delle cose dedotte nell'obbligazione, o il creditore la abbia accettata, se a lui competeva la scelta, sia pure in parte, o dal momento in cui sia stata notificata al debitore la citazione per ottenere una delle cose predette (1).

Può ben darsi che l'alternativa sia tale da importare non una, ma due scelte. Esempio: mi sono obbligato a darti o uno dei miei tanti cavalli o uno dei miei svariati gioielli (2). Psicologicamente precede di necessità la scelta fra l'uno e l'altro gruppo di oggetti; segue poi quella fra le singole cose in quel gruppo comprese. Ma nella dichiarazione di fronte alla controparte interessata possono fondersi e farsi *uno contextu*. Io dichiaro, nel fatto esempio, al creditore che ho deciso di adempiere l'obbligazione dandogli il cavallo *a*. Chè se anche in confronto a lui, le due scelte si facciano separatamente, son d'avviso che per ciò che riguarda il modo dell'opzione e la sua irretrattabilità, a ciascuna delle due scelte siano da applicare separatamente le norme dianzi esposte.

Quanta sia l'importanza del precisare il momento in cui la scelta diviene irrevocabile è evidente, chi pensi che da allora le prestazioni su cui la scelta non cadde escono dall'obbligazione, la quale rimane semplice, onde p. es. da quel momento in poi la cosa scelta sta a rischio e pericolo del compratore, tenuto a pagarne il prezzo, ov'essa perisca, senza poter pretendere altra delle cose già dedotte nell'alternativa e tuttora sussistente. Parimenti è a credere che, avvenuta mediante la scelta ormai irrevocabile la concentrazione sopra una delle due cose alternativamente vendute, la scoperta in essa di vizi occulti darà al compratore diritto di valersi delle azioni edilizie, ma non già di pretendere l'altra cosa ch'è immune da vizi.

Suolsi dare come eccezione alla regola che la scelta fatta

(1) Analogamente il citato primo progetto (*I Lesung*) del Codice civile germanico, § 208 cap., salvo che non vi si prevedeva il caso della citazione.

(2) Cfr. BUONAMICI, cit. *Recitatio* ecc., pag. 44.

è irretrattabile il caso di prestazioni alternative periodiche(1). È il caso contemplato nella l. 21 § 6, D. de act. emti 19, 1 di PAOLO: « Qui domum vendebat excepit sibi habitationem donec viveret, aut in singulos annos decem, emtor primo anno maluit decem praestare, secundo anno habitationem praestare; Trebatius ait mutandae voluntatis potestatem eum habere, singulisque annis alterutrum praestare posse, et quamdiu paratus sit alterutrum praestare petitionem non esse ». Ma fu giustamente osservato che questa non può qualificarsi come una vera eccezione al predetto principio perchè « in tale obbligazione vi sono tante obbligazioni alternative quanti sono gli anni stabiliti, e quindi ogni anno le parti si trovano in faccia ad una obbligazione integra alternativa con la medesima libertà di scegliere » (2). Ciò potrà riuscire incomodo alla parte cui non compete la scelta, normalmente dunque al creditore; abbia cura pertanto la parte interessata di far dichiarare nell'atto costitutivo la irretrattabilità del modo adottato per la prima prestazione in riguardo a tutte le prestazioni successive. Nulla esclude che tale volontà possa risultare tacitamente dalle circostanze.

44 *bis*. I tradizionali esempî di scuola, che per maggior semplicità di esposizione ho recati io pure (obbligazione di dare lo schiavo Stico o lo schiavo Pamfilo, oggi si suol dire il cavallo *a* o il cavallo *b*) e il fatto di una relativa scarsità di responsi giudiziali sul tema delle alternative, hanno fatto pensare a qualcuno che, specie sul terreno contrattuale, trattisi di tema più dottrinario che pratico (3). Quanto meno dal LITTEN (4) e dal SIBER (5) si è fatta una gradazione di impor-

---

(1) Cfr. per esempio BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 86, benchè poi ne dia la vera ragione, che è tale da escludere si tratti qui di una eccezione nel vero e proprio senso della parola.

(2) DE CRESCENZIO *op. cit.*, n. 194, pag. 245.

(3) Cfr. GISCARD VALERY, *De l'obligation alternative* (Dijon 1888) pag. 78, cit. dal PESCATORE, *Die Wahlschuldverhältnisse*, pag. 1-2.

(4) LITTEN, *Die Wahlschuld im deutsch. bürg. Recht.* (Berlin Vahlen 1903), pag. 35, 68 e *passim*.

(5) SIBER nell'ampio resoconto critico dell'opera del LITTEN, inserito a pag. 526-555 del Vol. XLVI (1904) della *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgeb. und Rechtswiss.*, pag. 552-555.

tanza pratica in base ad un duplice ordine di considerazioni: distinguendo cioè atti gratuiti da atti onerosi e inoltre una funzione di scelta ed una, ben diversa, di assicurazione. Spieghiamoci. Nei contratti onerosi lo stipulante sente e sa con precisione di che cosa abbisogna e va dritto all'acquisto dell'oggetto che reputa meglio atto a soddisfare i bisogni suoi. La scelta fra i tanti possibili oggetti utili all'uopo la fa in suo pensiero prima di addivenire al contratto, anzichè differirla ad un momento posteriore alla stipulazione del contratto stesso al quale siasi accinto con animo ancora fra più cose ondeggiante. Quest'ondeggiare fra più cose invece più facilmente si concepisce in chi faccia una liberalità: ei può non sapere quale fra più oggetti meglio si adattino a soddisfare il beneficando, cui ne lascia pertanto la scelta. Ciò si verificherà più che mai negli atti di ultima volontà. Negli atti onerosi, si soggiunge, più verisimile si presenta il caso di alternativa quando essa verta non fra oggetto e oggetto, ma fra un oggetto e una somma di danaro (come negli esempi classici della *stipulatio Stichum aut decem, togam aut mille dari*) ma allora la funzione sua non è già di scelta, ma piuttosto d'assicurazione: è l'oggetto (*Stichus aut toga*) che si vuole e la somma si pone in alternativa perchè spieghi una *vis impulsiva* alla prestazione anche maggiore di quella che deriverebbe dal porla quale clausola penale. Questa maggior efficacia sta in ciò che il fortuito perimento della cosa dovuta esime il debitore da ogni obbligo e quindi egli non incorre nella penale, mentre invece, posta la somma come altro dei termini dell'obbligazione alternativa, perita fortuitamente la cosa, l'obbligazione rimarrà pur sempre, concentrandosi su detta somma.

Non voglio assolutamente negare che qualche cosa di vero ci sia in siffatte osservazioni. Vi ha però in esse una tal quale unilateralità di vedute, sovrattutto per questo che si tengono presenti obbligazioni di scelta fra cose determinate nell'individuo (lo schiavo Stico o lo schiavo Pamfilo, lo stallone *a* o la cavalla *b*). Si pensi invece a cose determinate soltanto nel genere e tosto si vedrà la pratica applicabilità di questa figura di obbligazione nel mondo degli affari. È un commerciante di granaglie all'ingrosso che compera per fine mese da altro grossista mille quintali d'orzo o di frumento a sua scelta, non potendo egli subito precisare di quali, nel grande giro dei suoi affari, si troverà avere più bisogno a quell'epoca. Così, trattandosi di operazioni di borsa, chi intende aprirsi doppia via di probabile successo nelle sue speculazioni conviene con la controparte che per un dato prezzo ritirerà da essa

a fin di mese o rendita spagnuola o rendita turca a propria scelta. E così via. Sono poi, anche a prescindere da siffatte ipotesi, molto giuste le osservazioni di GUSTAVO PESCATORE sulla grande frequenza, anzichè sulla pretesa rarità, di obbligazioni alternative, che nella vita pratica tutti stipuliamo quasi senza saperlo. E reca egli fra i tanti l'esempio del biglietto di viaggio circolare che autorizza l'acquirente a seguire una od altra linea ferroviaria, di certe pensioni in alberghi o trattorie dove per un prezzo fisso si ha diritto a scegliere per la prima colazione fra caffè-latte, cioccolato, uova, ovvero fra più piatti segnati in lista per il pranzo, o del catalogo di un fornitore di mobili che per un dato prezzo offre mobilio da ricoprire di stoffe di una od altra tinta (1) Segnala egli inoltre questi casi, nei quali niuno dubita che la scelta spetta al creditore (il viaggiatore e non l'Impresa ferroviaria, chi ha fatto pensione e non l'albergatore o il trattore, l'acquirente dei mobili e non il fornitore di essi) come quelli che attestano la quotidiana smentita data dalla pratica al tradizionale principio, scritto pure in tanti moderni Codici, che nell'alternativa la scelta competa, in mancanza di contrario patto, al debitore (2). Senonchè è da avvertire che i singoli contratti non vanno qui considerati a sè, ma riportati a quello schema generale di offerta al pubblico, nel quale una volta per tutte era espresso, sia pure senza formule sacramentali, che si offriva quella varietà di combinazioni a scelta dell'accettante. —

Piacemi avvertire finalmente, a riprova della vitalità che la figura giuridica sin qui studiata ha pure nel mondo contrattuale, come da essa si improntino taluni contratti speciali, tutt'altro che remoti dalla vita pratica odierna. È così del cosidetto *contratto estimatorio* (il *Trödelvertrag* dei Tedeschi (3), che si ha quando una persona dà ad un'altra una cosa valutata per un certo prezzo acciò procuri di venderla, con l'obbligo o di restituire la cosa o di pagarne il prezzo di stima.

---

(1) G. PESCATORE, cit. *Die Wahlschuldverhältnisse*, pag. 2 e segg.

(2) *Ibid.*, pag. 3 testo e nota 3.

(3) Con questo nome lo disciplinavano il *Landrecht prussiano* (I, 11, §§, 511-526) e il *Codice sassone* (§§. 1291-1294) mentre il *Codice austriaco* (§§ 1086-1088) lo denomina *Verkaufsauftrag*. Sovr'esso in particolare N. COVIELLO, *Del contratto estimatorio* in *Riv. it. per le sc. giuridiche*, Vol. XV (1893) pag. 303-419 e Vol. XVI (1893), pag. 3-38. Nel Cap. XVI, pur discutendo altre costruzioni, egli dichiara aversi qui obbligazione alternativa e la dice « opinione non contraddetta di tutti gli scrittori » pag. 6-8 del 2º articolo.

Si pensi inoltre, fra le compravendite a premio, così frequenti in borsa, particolarmente al cosidetto *stellage* (o *doppia facoltà*), che è quel contratto per cui una delle parti paga all'altra una somma (*premio*) per poter avere la facoltà al giungere di una data scadenza o di vendere ad essa o viceversa di comprare da essa per un prezzo determinato (*prezzo di base*) una certa quantità di determinati titoli o valori (1). Quivi, a differenza di altre operazioni nelle quali il pagamento del premio dà facoltà di recedere dal contratto, cioè di stornar l'affare, chi paga il premio non può invece recedere, ma ha l'opzione fra il consegnare o il ritirare la quantità di titoli contrattata (2), nella quale opzione fra due diverse (e qui anzi antitetiche) prestazioni, entrambe parimenti comprese nel vincolo obbligatorio, sta scolpita la figura della obbligazione alternativa.

45. Poche parole sopra una categoria di obbligazioni meritevoli di particolare considerazione, quelle cioè aventi per oggetto danaro. Vero debito pecuniario in senso stretto è quello soltanto che ha per oggetto una somma di danaro senza riguardo alla materia (*forma pubblica percussa*) che funziona da moneta legale (3), cioè senza alcuna determinazione di essa: es. ti presto e tu mi restituirai entro un mese mille lire italiane. *Non corpora sed quantitas* si ha in tale caso di mira (4). Resta tuttavia debito pecuniario anche il caso in cui assieme alla somma sia stata pure determinata la specie metallica: per es. ti presto mille lire da restituirsi in oro. Dove invece non si ha che un debito pecuniario in un senso assolutamente improprio gli è quando oggetto di esso non è una somma ma un determinato numero di monete di una determinata specie: p. es. ti presto e tu mi dovrai restituire venti napoleoni d'oro. Le singole monete vanno considerate in questo caso come altret-

---

(1) Ne do la nozione utilizzando insieme SUPINO, *Le operazioni di borsa* (Torino, Bocca, 1875), pag. 58 e PICCINELLI, *Valori pubblici e operazioni di borsa*, 2ª ediz. (Milano, Hoepli 1897), n. 277, pag. 666.

(2) Cfr. VIDARI, *cit. Corso di Dir. comm.* Vol. III, n. 2896, pag. 613.

(3) BOLAFFIO, *Alcune note sui debiti monetari* (estr. dalla *Giurisprudenza italiana*. Torino, Unione 1893), n. 1, pag. 3.

(4) l. 1. D. de contrah. emt. 18, 1.

tante cose fungibili, la cui quantità e qualità, come si spiegherà meglio in seguito, vogliono essere misurate unicamente dall'istante in cui ebbe nascimento l'obbligazione (1). Si potrebbe proporre esclusivamente per questa specie il nome di debiti monetari. Finalmente il carattere di debito pecuniario sfuma interamente nel caso in cui l'oggetto dell'obbligazione consista in singole monete in ispecie, p. es. nel caso di un deposito, di un comodato. Allora il debito è di cosa determinata nella sua individualità cioè di quei precisi *corpora nummorum* (2). Vedremo a suo tempo gli effetti proprî a ciascuna di queste categorie di obbligazioni aventi per oggetto prestazioni di danaro.

CAPITOLO IV.

Modalità eventuali nelle obbligazioni.

SOMMARIO: 46. Principali modalità accessorie: caratteri ad esse comuni e differenza fra queste modalità e il caso di obbligazioni accessorie ad un'obbligazione principale. — 47. I) CONDIZIONI: loro concetto. — 48. Condizioni sospensive e risolutive, casuali, potestative e miste, positive e negative. — 49. Condizioni possibili e impossibili, lecite e illecite: diverso trattamento delle impossibili od illecite nelle obbligazioni, nelle donazioni e nei testamenti. Condizioni necessarie. — 50. Condizioni promiscue. — 51. II) TERMINE (*dies*) e sue specie. — 51 *bis*. Obbligazioni che non tollerano aggiunta di condizioni o di termini. — 52. III) MODO. — 53. Transizione agli effetti dell'obbligazione e prospetto delle rimanenti parti del Corso.

46. Oltre al riunire i requisiti essenziali fin qui esaminati, l'obbligazione può presentarsi accompagnata da modalità accidentali; delle più importanti è pur necessario fare cenno perchè influiscono sugli effetti dell'obbligazione, all'esame dei quali potremo dire di trovarci completamente preparati solo

---

(1) SCHUPFER, *Corso di Diritto romano — Il Diritto delle obbligazioni* (Padova, Sacchetto 1868), pag. 15-16.

(2) cit. SCHUPFER e BOLAFFIO.

dopo aver discorso anche di questi elementi accidentali (1). Sono tali la condizione, il termine, il modo, che possono trovarsi del resto anche fuori del campo strettamente proprio delle obbligazioni (p. es. nei testamenti). Ond'è lodevole il sistema di quegli autori (pandettisti) e di quelle legislazioni che ne trattano nella Parte generale, assai più di quello del Codice nostro, che, imitando il francese, pone sotto il titolo delle obbligazioni e dei contratti in genere quanto riguarda la nozione e le specie della condizione e del termine (2). Della nozione del modo poi non si occupa particolarmente il Codice, benchè ad esso alluda, specie in tema di donazioni, coll'espressione di *oneri* o *pesi*. Siffatte modalità accidentali sono dette anche *determinazioni accessorie* degli atti giuridici (3) e sta bene, inquanto si intenda con ciò che trattasi di *autolimitazioni* (4) che hanno il loro scopo e il loro fondamento nella dichiarazione del volere diretta a porre in essere quel dato negozio, anzichè questa dichiarazione del volere tragga da simili modalità il suo fine e il suo fondamento (5). Ma del resto il nesso di sif-

---

(1) Mi si dia venia pertanto se, per l'unità della trattazione, espongo qui nozioni elementari che potrei anche dare come presupposte.

(2) Questa parte generale di cui qui parlo va intesa quale dottrina generale del rapporto giuridico, come esplicitamente l'ha denominata l'illustre collega ed amico BRUGI, che ne ha dato eccellente saggio e nelle *Istituzioni di Diritto privato giustinianeo* (2ª ediz. Padova, Drucker 1910-11) e nelle già lodate *Istituzioni di Diritto civile italiano*.

(4) Così p. es. questa espressione (*Nebenbestimmungen*) compariva nel Codice sassone (I Th., IV Abth., III, 3) e da essa pure si intitolano talune monografie sull'argomento, come quella del SCHEURL, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeshäften* in *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts*, II. Bd., II. Heft (Erlangen Deichert 1871), del BORGNA, *Contributo alla dottrina delle determinazioni accessorie negli atti giuridici* (Cagliari, Timon 1891) ecc.

(4) *Selbstbeschränkngen des Willens*, le dicono il SAVIGNY, cit. *Sistema* III, § 116 e passim (trad. SCIALOIA, pag. 148) ed altri come il RYCK, *op.* e *vol. cit.*, pag. 220. Il WINDSCHEID parla di *Selbstbeschränkungen der Wirkungen der Rechtsgeschäfte*, *Pandekten*, II, § 86, pag. 384.

(5) RYCK, *loc. cit.*: « Die Willenserklärung hat nicht in der Selbstbeschränkung, sondern die Selbstbeschränkung in der Willenserklärung ihren Zweck und Grund ».

fatte modalità o determinazioni colla dichiarazione principale di volontà è un nesso organico (1), così da potersi considerare quasi consustanziate colla dichiarazione stessa. Ciò si rivela in modo più che mai spiccato nella condizione, tanto che il FITTING e l'UNGER trovano di doverla escludere per questo dal novero delle determinazicni accessorie (2), il che non ci par necessario, una volta precisato il senso di questa espressione (*determinazioni accessorie*) nel modo testè detto. Osserva poi giustamente il PERNICE che ciò che logicamente riunisce, quali specie di uno stesso genere, queste tre modalità e le differenzia da altre clausole o modalità accessorie (p. es. la determinazione del luogo di pagamento) è ch'esse fanno dipendere da un avvenimento l'esistere o il pieno operare giuridico dei negozî a cui si accompagnano (il loro *se*, *quando* e *come*) (3).

Il concetto fondamentale sopra accennato designa altresì la differenza essenziale che sussiste fra tali determinazioni accessorie di un'obbligazione e le obbligazioni accessorie contrapposte alle principali. Di due obbligazioni l'una dev'essere considerata come principale e l'altra come accessoria allorchè la prima è il fondamento su cui poggia la seconda (4). Tale p. es. la fideiussione in rapporto all'obbligazione che serve a guarentire. Orbene, in questi casi abbiamo due obbligazioni da considerarsi pur sempre separate e distinte, anche se stiano fra loro nel rapporto in cui sta il satellite verso il proprio pianeta, e non già un'obbligazione unica nella quale quel tale elemento, tuttochè accessorio, entri qual membro di un tutto organico (5), sì da formarne oramai parte integrante. Al che

---

(1) SCHEURL, *op. cit.*, § 1, pag. 2, SIMÉON, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts* (Berlin, Heymann 1889) § 1, pag. 1.

(2) FITTING, *Ueber den Begriff der Bedingung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, XXXIX (1856) (pag. 305-350), n. 4, pag. 308-309, UNGER, *op. cit.*, Vol. II, (Leipzig, Breitkopf u. Härtel 1876), § 82, nota 3 pag. 56 e segg. *Contra* BORGNA, *op. cit.*, pag. 18.

(3) PERNICE, *op. e vol. cit.*, pag. 8.

(4) AUBRY-RAU, *op. cit.*, Vol. IV, § 304, pag. 91. Vedi pure DE CRESCENZIO, *op. cit.*, n. 328, pag. 339.

(5) Cfr. SCHEURL, *loc. cit.*

si connette, quasi come corollario, quest'altra differenza: normalmente l'obbligazione accessoria è tale che si fa valere quando non si consegua l'adempimento della principale: così nell'esempio testè recato della fideiussione, così se trattisi di una clausola penale. Invece le determinazioni accessorie, di cui stiamo per occuparci, sono altrettanti fattori esse stesse dell'esatta realizzazione del rapporto obbligatorio voluto.

47. I) Condizioni. Condizione *in senso tecnico* è un avvenimento futuro ed incerto, da cui gli autori dell'atto (le parti dunque, se trattisi di contratto, il disponente se di testamento) fanno dipendere in tutto o in parte la esistenza o la risoluzione del negozio giuridico (1).

Condizione è pur detta la clausola dell'atto giuridico concernente quell'avvenimento. Esempio: Ti prometto mille lire se mio figlio prenderà moglie: si dice condizione tanto l'avvenimento del matrimonio di mio figlio quanto l'aggiunta fatta alla promessa per subordinarla al verificarsi del matrimonio predetto.

Ho detto essere questo il concetto di condizione in senso tecnico, chè tal parola trovasi usata altresì come sinonimo di *requisito* (es. le condizioni di un valido contratto sono queste e queste) ovvero di *clausola* di un contratto (es. ho conclusa la vendita del mio fondo alle tali condizioni). Nella definizione poi ho messo in rilievo, cosa che non si legge nell'Art. 1157 del nostro Codice, che deve trattarsi di avvenimento incerto e futuro, da cui *gli autori stessi dell'atto* fanno dipendere la sorte del negozio avuto di mira. Dunque non sono condizioni proprie nel senso che ci interessa quegli avvenimenti, siano pure futuri ed incerti, da cui la legge stessa o la natura delle cose fanno dipendere che l'atto sorga o che sorta efficacia e che diconsi comunemente più o meno bene (2), *condiciones iuris.*

---

(1) Cfr. Bellavite, *op. cit.*, pag. 6.

(2) V. sull'argomento la elaboratissima trattazione di A. Scialoja, cit. *Studii di Dir. privato*, Studio I § 1. *Condizione volontaria e condizione legale*, pag. 3-24. Forse ha ragione N. Coviello, cit. *Manuale di Dir. civ. it.* I § 132, pag. 407, che si può anche abbandonare il concetto vago e impreciso (chè troppo

Esempio: la sopravvivenza del beneficato in un testamento per poter conseguire il lascito è una di queste condizioni voluta dalla legge: il maturarsi delle messi nella vendita del futuro raccolto è pure una condizione simile derivante dalla natura delle cose, sottintendendosi fatta la compera come *emtio rei speratae* purchè e per quel tanto che la cosa venga a sussistere, anzichè come *emtio spei* (esempio classico la compera di un determinato trarre di reti, *iactus retis*). Siffatte condizioni, *quae tacite inesse videntur*, anche se espresse non rendono il contratto (o il negozio in genere) condizionale.

L'avvenimento dev'essere futuro ed incerto, ed ha fatto bene il nostro legislatore a porre questi due requisiti (Art. 1157), scostandosi in questa parte del Codice francese, il quale all'Art. 1181 qualifica sospensiva anche la condizione consistente in un avvenimento già succeduto quando l'obbligazione sorge, ma soltanto ignorato dalle parti. Il principio nostro è conforme al Diritto romano, che non ammetteva come vere condizioni quelle *quae ad praeteritum vel praesens tempus referuntur* (1), le quali nulla infatti lasciano in sospeso, tanto che lo stesso Codice francese nel citato articolo dice che allora «l'obligation a son effet du jour ou elle a été contractée». Oltrechè futuro, l'avvenimento dev'essere incerto: se è certo che avverrà, tuttochè si ignori quando (es. se Tizio morrà), potrà parlarsi di termine, ma non già di condizione. Ora delle condizioni si fanno varie categorie ch'è d'uopo indicare.

48. — Quanto all'effetto che producono sul rapporto giuridico, sono sospensive o risolutive. Dalla sospensiva dipende

---

disparate cose abbraccia) di *condicio iuris*. Basta accentuare che la vera e propria *condicio* (quella che, per contrapposto, si suol dire *condicio facti*) si distingue sia dagli elementi essenziali e costitutivi di un negozio, sia dai presupposti di fatto che la legge o la natura del rapporto domanda perchè il negozio, perfetto nei suoi elementi costitutivi, possa produrre la sua particolare efficacia (esempio che sussegua valido matrimonio perchè abbia efficacia l'atto di costituzione di dote), sia infine da quei fatti che, pur non essendo *presupposti*, debbano per legge sopravvenire acciò il negozio già compiuto produca i suoi effetti (es. autorizzazioni superiori).

(1) § 6 Inst. de verb. oblig. 3. 15.

che il negozio giuridico abbia vita, dalla risolutiva che cessi di averla.

Per verità nella dottrina molto si discute per decidere su ciò che ha da intendersi condizionato nella sospensiva, se il volere stesso o gli effetti dell'atto. Ma io mi tengo dispensato dall'entrare nella questione e altresì dal porgere sovr'essa indicazioni bibliografiche, sia perchè il tema attiene alla Parte generale del Diritto civile, sia perchè la credo più che altro una logomachia. Ha ragione chi dice che esiste subito un negozio giuridico se si allude all'*esistenza immediata di un volere condizionato*, che sarà capace di produrre, come tale e inquanto è tale, certe conseguenze giuridiche: ma ha altrettanta ragione chi dice che solo dall'avverarsi della condizione dipende che abbia vita il negozio giuridico, se si intende che solo allora si ha quel tal negozio giuridico dalle parti divisato e che solo allora esso produrrà (lasciamo poi stare se con effetto retroattivo o no) le conseguenze giuridiche proprie di quella categoria di atti alla quale appartiene.

L'art. 1157, che in sostanza concorda col 1168 del codice francese, chiama condizionale l'obbligazione in ambedue i casi. Ora ciò è comunemente censurato, riscontrandosi che nel caso di condizione risolutiva non può dirsi condizionata l'obbligazione, ma bensì la risoluzione di essa, ciò che ben compresero i giureconsulti romani col parlare in tale ipotesi non già di un negozio condizionale, sibbene di un *negotium purum quod sub condicione resolvitur* (1). Ma d'altra parte fu giustamente osservato che sarebbe erroneo il concepire la condizione risolutiva come una convenzione nuova aggiunta ad un'obbligazione principale pura, dovendo il negozio considerarsi nella sua inscindibile intierezza. Vi ha cioè chi a torto concepisce il rapporto in modo, che l'aggiunta della condizione risolutiva rappresenti p. es. in un contratto un altro contratto reciproco, o inverso che dir si voglia al principale e stipulato sotto condizione sospensiva. Una vendita

(1) l. 2 pr. D. de in diem addict. 18, 2. Cfr. pure l. 3 D. de contrah. emt. 18, 1 e l. 1 D. de lege commiss. 18, 3. Tutti e tre questi passi sono dovuti ad ULPIANO.

sotto condizione risolutiva importerebbe così una ricompera sotto condizione sospensiva. Che all'avverarsi della condizione si venga in sostanza a simili risultati, sia pure, ma ciò non condurrà intanto, finchè la condizione pende, a concepire il rapporto a quel modo, autorizzando fin d'allora ciascuna parte a considerarsi, secondo che più le torna comodo, contraente in un negozio sotto condizione risolutiva (compratore) o contraente con opposta veste (venditore) di un contronegozio sotto condizione sospensiva. Il vero si è che abbiamo un negozio unico, in cui è condizionato il perdurare, anzichè il sorgere di quel dato rapporto giuridico, e che la combattuta teorica disconosce in questa parte la profonda differenza, che ho avuto cura di segnare nel numero precedente, fra obbligazioni accessorie ad un'obbligazione principale e determinazioni accessorie di un'unica obbligazione (1).

Il precisare se la condizione sia dell'una o dell'altra specie ha grande importanza specialmente nel riguardo della sopportazione dei rischi. Si vedrà infatti a suo luogo che, se perisce la cosa dovuta pendente la condizione sospensiva, il rischio sta a carico del debitore della cosa (es. del venditore) alias nel caso di condizione risolutiva (la cosa perisce a carico del compratore). Ora il decidere su di ciò è questione di interpretazione di volontà. Generalmente adottata è la massima che *in dubbio* si debba ritenere la condizione piuttosto risolutiva che sospensiva (2). Una circostanza che certamente po-

(1) Il concetto combattuto nel testo è invece sostenuto dal MAYNZ, *Cours de Droit romain*, T. I (4° édit., Bruxelles, Bruylant-Christophe 1876), § 36, pag. 469-470, contro del quale veggasi particolarmente BORGNA, *op. cit.*, pag. 135 e segg., il quale nota come già il LEIBNITZ nella sua *Doctrina condicionum* accennasse a quel concetto stesso, per cui la distinzione fra sospensive e risolutive non avrebbe ragion d'essere, tutto dipendendo dal punto in cui ci si colloca nell'esaminare il rapporto. (Il BORGNA dà però inesatta citazione del MAYNZ, rinviando al § 290). Veggasi pure nel nostro ordine di idee GIORGI, *op. cit.*, vol. IV, n. 301, 302, pag. 379-384,

(2) *Contra* CHIRONI, cit. *Istituz.*, vol. I, § 64, pag. 105 della 1ª ediz. (pag. 165 della 2ª), il quale sostiene doversi nel dubbio presumere la sospensiva, perchè erroneamente argomenta dall'art. 1453, generalizzandolo. Erronea genera-

trà avere gran peso è l'essersi data o no esecuzione al rapporto obbligatorio, l'essere p. es. già stata consegnata o no al compratore la cosa. Se questo avvenne, si avrà un forte argomento pel carattere risolutivo della condizione, dovendosi presumere che, qualora non fosse stata certa la efficacia attuale del rapporto, si sarebbe indugiata la consegna dell'oggetto (1).

Però ripetiamo che da ciò si può trarre niente più che una presunzione, e non già un'assoluta certezza, potendo pur essere *indubbiamente* sospensiva la condizione e tuttavia essere avvenuta detta consegna: quella circostanza, abbiam detto, soccorrerà *nel dubbio*. Va poi ricordato come ci siano dei casi nei quali la legge stessa ebbe cura di determinare se una data condizione è sospensiva o risolutiva. Se ne ha esempio negli Art. 1452, 1453, posti sotto il Titolo della vendita. Il 1452 dispone: «Quanto al vino, all'olio ed alle altre cose delle quali si usa fare l'assaggio prima della compra, non vi è contratto di vendita finchè il compratore non le ha assaggiate e riconosciute della qualità pattuita». E il successivo contempla il caso in cui siasi stipulato il patto di precedente assaggio (2) il quale non veniva da sè, secondo gli usi, come nell'ipotesi dell'Art. 1452, e dichiara che allora «la vendita *si presume* fatta sotto condizione sospensiva. Si presume: chi dunque è interessato a sostenere simile assunto trovasi assistito dalla legge, ed è chi lo oppugna che deve dimostrare il proprio asserto. Periscono fortuitamente i cavalli ch'io aveva comperati, ma a prova, durante il periodo della prova stessa. La perdita sarà sopportata dal venditore, salvo ch'egli dimostri che la vendita si era conclusa sotto condizione risolutiva.

---

lizzazione rimproveratagli dal GIANTURCO, *Sistema di Dir. civ. it., Parte Generale* (2ª ediz., Napoli, Pierro 1894), pag. 181 nota 2. Ma il Gianturco a sua volta sostiene in questo proposito idee che non mi sembrano giuste, come ho cercato di provare in una lunga recensione del suo libro inserita nel *Monitore dei Tribunali* del 1896 (estratto, pag. 18-19).

(1) Cfr. GIORGI, *op. e vol. cit.* n. 303, pag. 384 che si richiama al THIBAUT.

(2) Poco felice traduzione dell'*essai* del Codice francese (Art. 1588): sarebbesi dovuto dire *prova*.

Quando si tratta di contratti bilaterali, nei quali i contraenti si obbligano reciprocamente l'uno verso l'altro a date prestazioni, la legge dichiara aversi sempre (anche se il contratto non ne fa cenno) una condizione risolutiva (che dicesi tacita) pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione (Art. 1165). Se però torni qui esattamente la figura della condizione risolutiva vera e propria è questione dubbia assai. La studieremo a suo luogo: qui basta rilevare che, data l'affermativa, sarebbe questo il solo caso in cui non quadra a rigore quanto abbiamo notato nel definire la condizione in senso tecnico, che cioé essa non debba essere posta dalla legge, ma procedere da una dichiarazione degli autori dell'atto. Senonché taluno a questo proposito osserva che la legge si fa qui interprete della volontà delle parti (1).

Quanto alle cause da cui dipende l'avveramento del fatto che forma oggetto della condizione, questa distinguesi in potestativa, casuale e mista. *Potestativa* se il fatto é tale, che l'avveramento di esso dipende dalla volontà del creditore o del debitore (se si sposerà, se farà il tal viaggio, ecc.), *casuale* se dipende da evento fortuito o dall'arbitrio di un terzo (se Tizio contrarrà matrimonio), *mista* se l'avveramento ne dipende dalla volontà di una delle parti e da cause indipendenti dalla loro volontà (es. se l'uno dei contraenti sposerà una data persona o contrarrà società d'affari con Tizio). A questa distinzione si riferisce l'Art. 1159.

Quanto alla natura del fatto che deve avverarsi per l'adempimento della condizione, questa é *positiva,* se si richiede che avvenga un fatto il quale muti comunque lo stato attuale di cose (esempio che Tizio si sposi), *negativa* se si richiede che non avvenga un fatto simile. Quindi per decidere se la condizione é dell'una o dell'altra specie, non si baderà alle parole onde é significata, bensì al contenuto di essa. La condi-

(1) Cfr. Bellavite, *op. cit.*, pag. 9.

zione di continuare a convivere coi proprî genitori é, p. es., negativa, benché espressa in forma positiva, come viceversa rimarrebbe positiva la condizione di contrarre matrimonio anche se indicata con la locuzione negativa di non restar celibi.

49. Importantissima è la distinzione delle condizioni in possibili e impossibili, lecite e illecite. *Impossibile* è la condizione che contempla un avvenimento che non può assolutamente verificarsi. Impossibilità che può essere *naturale* o *giuridica*, secondoché dipende dalla natura stessa delle cose o da una norma di Diritto positivo che escluda persino l'ipotesi che quel dato avvenimento si verifichi. Sarebbe condizione *quae natura impleri non potest*, per recare un esempio fontale, quella di toccare il cielo colle dita; sarebbe condizione *quae iure impleri non potest* quella di emancipare un figlio non diciottenne. Ricordo la prima specie per pura tradizione di scuola, ma per verità ciò che vi ha di impossibile (mi si passi il bisticcio) è che persone sensate e che intendono, non già di celiare, ma di contrattare sul serio, inseriscano nell'atto scientemente condizioni simili.

Illecita è la condizione contraria ai buoni costumi o alla legge, nel quale ultimo caso non ricadiamo, come si potrebbe credere a primo aspetto, nella ipotesi della impossibilità giuridica testè esemplificata; trattasi invero di un fatto che può ben verificarsi, ma è tale che la legge condanna, esempio il contrabbando. Merita poi di essere rilevato come un avvenimento per sè stesso lecitissimo possa originare una condizione illecita, se apposto come vincolo alla libertà individuale di una delle parti. Esempio. Il non contrarre matrimonio è cosa lecitissima, può anzi, secondo l'opinione altamente rispettabile di molti, rappresentare uno stato di perfezione, quando l'uomo celibe o la donna nubile sappia vivere in castità. Ma diventa invece illecita la condizione apposta ad un negozio giuridico che non si abbia a contrarre matrimonio. Così la qualifica in termini generali l'Art. 850, posto bensì nel Titolo delle successioni, ma applicabile anche alla materia delle obbligazioni, sia per la generalità onde è espresso, sia perchè non ci sa-

rebbe ragione di distinguere (1). Ma senza dilungarci nell'esame delle condizioni singole che debbano considerarsi o no lecite, vediamo quale è il valore e l'effetto delle condizioni impossibili o illecite nei negozî giuridici a cui sono annesse, istituendo all'uopo un parallelo fra i contratti e gli altri negozî giuridici.

L'effetto delle condizioni impossibili o illecite varia secondochè sono aggiunte ad un contratto o ad una donazione, ovvero invece ad una disposizione testamentaria. (Debbo menzionare a parte le donazioni, perchè il nostro Codice, a differenza di altri, come l'austriaco, non la pone fra i contratti, lasciamo stare se a ragione o a torto). Infatti mentre nei testamenti simili condizioni *vitiantur, non vitiant*, si hanno cioè come non apposte (art. 849), invece *vitiant*, e non semplicemente *vitiantur*, nei contratti e nelle donazioni (Art. 1065, 1160). Il *Codice francese* differisce dal nostro inquanto assimila in ciò donazioni e testamenti, dichiarando e nelle une e negli altri nulla l'aggiunta di simili condizioni, anzichè nullo per essa l'atto (Art. 900), mentre solo nei contratti secondo quella legislazione (Art. 1172) le condizioni impossibili o illecite *vitiant*. In questo argomento merita pure di essere riferito quanto dispone il *Codice austriaco*. Per esso, senza distinzione alcuna, e testamenti e contratti, fra i quali quel codice annovera, lo vedemmo, le donazioni, cadono se fatti sotto una condizione sospensiva illecita od impossibile (§§ 698, 897) (2). Illustriamo con esempi questo diverso trattamento nelle tre diverse legislazioni. Io convengo con Tizio che gli affitterò il mio fondo

---

(1) Si consulti sull'argomento RAMPONI, *Le condizioni di celibato e di vedovanza nei testamenti e nei contratti* (Art. 850 del codice civile) (Firenze, Niccolai 1893). ADDE BELLAVITE, *op. cit.*, pag. 11, testo e nota 2.

(2) Identiche risultanze nella recente legislazione svizzera, che si occupa delle condizioni *illecite* apposte a negozi giuridici. Veggansi per gli atti di ultima volontà l'Art. 482 del *Codice civile svizzero* e per le obbligazioni l'Art. 157 del *Codice delle obbligazioni* (177 della vecchia redazione). E vi si arriverebbe del pari pel *Codice germanico*, trattandosi di condizioni *impossibili* all'appoggio del § 118 e delle illecite in base ai §§ 134 e 138 già altrove ricordati.

se emanciperà suo figlio decenne (impossibilità giuridica) o se eserciterà il contrabbando (condizione contraria alla legge) o l'usura (condizione contraria ai buoni costumi). Sotto tutte e tre le legislazioni questo contratto di locazione è nullo. Alle stesse condizioni io dono quel fondo a Tizio; la donazione è nulla pel codice nostro, nulla pel codice austriaco, valida pel codice francese, che considera invece come non apposta la condizione. Finalmente sotto la stessa condizione sospensiva io nomino nel testamento Tizio legatario di quel fondo, il lascito è nullo pel codice austriaco, valido invece pel codice francese e pel nostro, secondo i quali pertanto Tizio acquisterà alla mia morte il lascito come se fosse puro e semplice.

Ora io trovo che in siffatta materia il codice austriaco è più razionale del nostro ed a fortiori del francese, parendomi giusto che anche le disposizioni testamentarie cadano, come cadono i contratti e le donazioni, se subordinate a condizioni simili. Non dovrebb'essere lecito infatti di scindere la volontà del disponente, il quale avea manifestato che il lascito solo allora dovesse valere, quale espressione del voler suo, quando quel tale fatto fosse avvenuto. Va bene la massima che le disposizioni dei defunti si debbono quant'è più possibile tenere in piedi, interpretandole *potius ut valeant quam ut pereant*, ma *est modus in rebus*, cioè l'interpretazione larga deve arrestarsi quando per essa non si giunga più all'attuazione di ciò che sostanzialmente il testatore ha voluto, ma piuttosto si vada contro la sua volontà. Quando, p. es., vedemmo ed approvammo la disposizione del codice per cui, se la scelta in un legato alternativo è stata rimessa ad un terzo e questi non può o non vuole effettuarla, scelga l'autorità giudiziaria, si era in cospetto di una modalità in fondo secondaria, questa della scelta: ciò che era definitivo nell'animo del disponente era che o con uno o con altro oggetto il legatario venisse beneficato, ed è certo conforme alla presunta volontà di lui che l'autorità giudiziaria, spassionata quanto mai, surroghi in tale scelta il terzo che non possa o non voglia effettuarla. Invece nel caso di cui stiamo occupandoci la condizione è tale che fa corpo,

per così dire, colla disposizione. Nè si dica a giustificare la differenza fra contratti e donazioni da un lato e testamenti dall'altro, che nel testamento, opera del solo ereditando, non c'è che da punire lui solo, che ha aggiunta la condizione impossibile o illecita, il che si otterrà cassando la condizione stessa, mentre invece nei contratti e donazioni, opera concorde di entrambe le parti, entrambe vanno punite con l'annullare l'atto. Ognuno vede infatti quanto sia antigiuridica questa idea di punire il defunto col far trionfare una volontà che non può dirsi la sua, dal momento che la si stacca dalla condizione a cui l'aveva egli subordinata. Oltre a tutto più che al defunto la pena, giacchè di pena si vuole impropriamente discorrere, è agli eredi legittimi che la s'infligge se trattisi di istituzione ereditaria, agli eredi in genere se di legato condizionale. Nel primo caso gli eredi legittimi, che sarebbero chiamati a raccogliere l'asse, si vedranno postergati all'istituito nel testamento, benchè questi, cassata la condizione, non possa dirsi chiamato nè dalla legge, nè dalla volontà dell'ereditando; nel secondo caso si colpiscono pur sempre gli eredi, che devono pagare il legato. Onde la pena riuscirà aberrante.

Eppure questa diversità di trattamento fra contratti e testamenti ha vecchie e salde radici nella storia del Diritto. Rimonta al Diritto romano, dov'era sostenuta dai Sabiniani, mentre i Proculeiani volevano che tanto nei contratti quanto nei testamenti simili condizioni viziassero l'atto. E fu precisamente l'opinione dei primi che prevalse (1); ma lo stesso GAIO, ch'era sabiniano, dice che non si saprebbe dare una ragione persuasiva di quella differenza accolta dalla sua scuola: « et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest (2) ». Questa ragione che lo stesso GAIO non sa rendersi, crede taluno risiedesse in un generico e assai dubbio *favor liberalitatis*, altri

---

(1) § 10 Inst. de hered. instit. 2, 14. l. 3. D. de condit. et demonstr. 35. 1 di ULPIANO, § 11 Inst. de inutil. stipul. 3, 19. l. 31 D. de obligat. et act. 44. 7 di MARCIANO, oltre al passo citato nella nota che segue.

(2) GAI. Comm. III, 98.

nel *favor testamentorum*, cioè nell'importanza che i Romani annettevano al non morire intestati, anche per assicurare la continuazione dei *sacra domestica.* Cessato oggi anche tale motivo, nulla più sostiene la distinzione romana, e però ben fece il codice austriaco repudiandola per attenersi all'opinione proculeiana, malissimo il codice francese estendendola anche alle donazioni con l'agguagliarle ai testamenti.

La inscindibilità del volere condizionato e la conseguente irrazionalità del disposto dell'art. 849 cod. civ. sono poste in rilievo da varî civilisti, fra cui ricordo il GIANTURCO (1). Ma sovrattutto notevole si è che pur fra romanisti illustri si è formata una corrente che tende a limitare nella materia testamentaria l'applicazione della massima che le condizioni impossibili o illecite *vitiantur, non vitiant.* Ricordo in questo senso come iniziatori il BUONAMICI e lo SCIALOJA (2), il quale ultimo vuole anzi estese anche al vigente nostro Diritto le osservazioni da lui fatte per il Diritto romano, asserendo formulata in modo troppo lato la norma dell'art. 849. Per altre considerazioni è da altri ritenuta non categorica la disposizione dell'Art. 849 (900 del cod. civ. francese), ma ammissibile la prova (secondo alcuni desumibile soltanto da espressa dichiarazione del testamento) che il testatore ha voluta come inscindibile la connessione fra la disposizione e la condizione, per essere stata questa l'unica causa determinante della liberalità; data la qual prova anche la disposizione testamentaria, alligata a si-

---

(1) GIANTURCO, *op. e vol. cit.*, § 51, pag. 176 e § 53, pag. 182.

(2) BUONAMICI, *Nota al § 10 Inst. de hered. inst. (II, 14)* in *Bullettino dell'Istituto di Dir. Romano*, VIII, (1895), pag. 31-35, SCIALOJA, *Note minime sulle condizioni impossibili nei testamenti*, *Ibid.*, pag. 36-38 e su entrambi FERRINI, in *Archivio giuridico*, LV (1895), pag. 599. Più diffusamente lo stesso SCIALOJA difese la tesi del BUONAMICI e sua con altro lavoro nello stesso *Bullettino dell'Istituto di Dir. romano*, XIV (1901), pag. 5-46, dal titolo *Sulle condizioni impossibili nei testamenti Nuove considerazioni.* Ed agli autori ivi da lui ricordati, come il BONFANTE e il BAVIERA e in parte i prof. FADDA e BENSA, sono oggi da aggiungere, tra i favorevoli alla predetta tesi, MANENTI, *Sulla regola sabiniana relativa alle cond. impossibili illecite e turpi in Dir. romano* in *Studi in onore di V. Scialoia*, vol. I (Milano, Hoepli 1905), pag. 393-472, CUGUSI, *Condizioni impossibili nel testamento romano* in *Studi in onore di C. Fadda*, vol. V. (Napoli, Pierro, 1906), pag. 71-93.

mile condizione, abbia a cadere nel nulla (1). Merita poi di essere rilevato un caso di condizione reputata illecita, dove tuttavia il codice austriaco segue anch'esso il principio romano: riguarda la condizione di non contrarre matrimonio. Infatti il § 700 di quel codice dispone: « La condizione che l'erede o il legatario, anche dopo pervenuto alla maggior età, non contragga matrimonio, si ritiene per non aggiunta. (Deve adempiere questa condizione soltanto il vedovo o la vedova uno o più figli, La condizione che l'erede o il legatario non contragga matrimonio con una determinata persona può validamente imporsi) ». Invece aggiunta ad un contratto, una condizione simile lo annulla (§ 898).

Il nostro codice agli art. 1065, 1160, relativi alle condizioni impossibili o illecite nelle donazioni e nei contratti, mostra di aver presenti solo le condizioni sospensive. Anche sotto questo aspetto meritano preferenza quei codici, come l'*austriaco* (2) ed il *sassone* (3), che si occuparono pure espressamente delle risolutive. L'austriaco p. es. nel § 698, contenente le norme sulle condizioni impossibili o illecite nei testamenti, fra altro, dichiara: « La condizione impossibile risolutiva si ha per non aggiunta. Queste regole valgono anche per le condizioni illecite ». Poi il § 897 dice applicabile generalmente alle condizioni nei contratti quanto vale per le condizioni nei testamenti, ma nel successivo paragrafo soggiunge: « Le convenzioni fatte sotto quelle condizioni che negli atti di ultima volontà si ritengono per non aggiunte sono nulle » (4). Da

---

(1) V. BARASSI, in nota a sent. 29 marzo 1904 della Cassazione di Palermo, in *Foro it.*, XXX (1905), p. I, col. 46-55. Confrontinsi inoltre sulla questione e per lo stato della dottrina e della giurisprudenza nostre e francesi, ZACHARIAE CROME, *Manuale del Diritto civile francese*, trad. it. con note BARASSI, vol. IV (Milano, Soc. ed. libr. 1909), § 702, nota 1, pag. 417-418 e MANENTI, *op. cit.*, pag. 472 e lo stesso, *Sul concetto di donazione* in *Riv. di Dir. civile*, III, (1911) (pag. 328-377), pag. 349-350, nota 1.

(2) §§ 698, 897, 898.

(3) § 880 comb. col § 109 e § 885.

(4) Ma contro l'interpretazione letterale di questo paragrafo, da cui risulterebbe nullo il contratto anziché nulla la condizione se questa è impossibile, veggasi particolarmente BURCKHARD, *System des österr. Privatrechts* (Wien, Manz 1884), § 88, pag. 332 e segg., e gli autori ivi citati.

noi, nel silenzio della legge, diremo che in un'obbligazione una condizione risolutiva impossibile è come non aggiunta: tant'è l'obbligarsi puramente e semplicemente quanto l'obbligarsi aggiungendo che, se avverrà un fatto impossibile, il negozio si risolva. In generale dovrebbe valere lo stesso per le condizioni illecite. Pure fu giustamente osservato che « questo principio non può avere un'assoluta applicazione. Imperocchè se, allo scopo di evitare la conseguenza della nullità della convenzione a causa della condizione immorale, le parti si servono della forma risolutiva, il contratto sarà certamente nullo. Se a qualcuno, p. es., si promette cento sotto la condizione sospensiva se commetta una cosa illecita od immorale, il contratto sarà nullo per la condizione immorale; se per contravvenire a questa regola uno promettesse ad un altro cento, ma aggiungendo la condizione risolutiva se non commetta un'azione illecita ed immorale, la convenzione sarà del pari nulla, perchè, sebbene risolutiva, l'azione che deriva da tale condizione è immorale od illecita » (1).

Detto delle condizioni impossibili od illecite, che, se apposte come sospensive, annullano l'obbligazione, dobbiamo accennare che invece si hanno per non aggiunte (onde l'obbligazione tiene) le condizioni *necessarie*, concernenti cioè fatti il cui avveramento non può mancare (esempio la condizione che, giunto il figlio alla età maggiore, cessi la patria potestà): sono dunque l'opposto delle impossibili; *per loro intrinseca natura* non lasciano nulla in sospeso, onde si rivelano come condizioni solo apparenti. È pure tale la condizione che non avvenga l'impossibile (es. che Tizio non emancipi suo figlio finchè non avrà compiuti i diciotto anni). Il nostro codice ha creduto opportuno di accennarvi all'art. 1161, così concepito: « La condizione di non fare una cosa impossibile non rende nulla l'obbligazione contratta sotto la medesima ». Quindi si può dire che se ad un contratto è apposta quale sospensiva

---

(1) DE CRESCENZIO, *op. cit.*, n. 333, pag. 270, dietro il SAVIGNY e il VANGEROW.

una condizione impossibile, il contratto è uno scherzo, se una condizione necessaria è uno scherzo la condizione.

50. — A compiere il quadro delle diverse specie di condizioni, accenniamo, benchè non abbia poi molta importanza (1), alla loro divisione in *promiscuae* e non *promiscuae*, della quale è cenno nella l. 11 § 1 D. de condit. et demonstr. 35, 1 di Paolo. Promiscua è la condizione riflettente un fatto ch'è suscettibile di volontaria ripetizione, onde sorgerà il quesito, eventualmente risolubile in vario modo secondo la diversa natura del negozio giuridico, se quel fatto abbia da rinnovarsi perchè la condizione possa dirsi adempiuta, quantunque fosse seguito già prima della conclusione del negozio. Viceversa non promiscue sono le condizioni quando si riferiscono a fatti una sola volta verificabili.

51. II) Termine (*dies*). Il termine apposto ad un atto giuridico è il momento a partire dal quale è fissato che debba cominciare, o fino al quale è fissato che debba durare un rapporto di diritto. Nel primo caso si ha il termine *primordiale* (*dies a quo*), nel secondo caso il termine *finale* (*dies ad quem*).

Il termine può essere fissato in modo diretto sulla base del calendario o di una ricorrenza altrimenti determinata, ma stabile (es. il giorno del mio compleanno), ovvero connesso ad una circostanza di cui è certo l'avverarsi, incerto solo il momento (es. quando Tizio morrà). Nel primo caso si ha il *dies certus an et quando*, nel secondo il *dies certus an incertus quando* (2). È inteso che nel parlar qui del termine espressamente aggiunto all'atto (si dirà altrove di quello tacito), alludiamo al termine puro, che non contiene cioè alcuna condizione, perchè appunto ciò che segna la differenza fra il *dies* e la condizione si è che il *dies* nulla rende incerto

---

(1) [illegible], *op. cit.*, pag. [illegible].

(2) [illegible] III [illegible]. [illegible], § [illegible], pag. [illegible] e seg. [illegible], § [illegible], pag. [illegible] della [illegible] edizione; [illegible], *La [illegible] del tempo nei contratti* (Bologna, Fava e Garagnani [illegible], estr. dall'*Archivio giuridico* XLV, fasc. [illegible] pag. [illegible]).

quanto al rapporto giuridico, nè il suo sorgere, nè il suo perdurare (1). Si tratti pure, per esempio, di termine estintivo o finale (*ad quem*). Esso si distinguerà bene dalla condizione risolutiva, sia perchè si sa a priori che il termine verrà, sia perchè al suo avverarsi il diritto cessa di esistere, mentre all'avverarsi della condizione risolutiva lo si considera non mai esistito (2). Non è dunque un termine, ma una condizione il *dies incertus an et quando* (es. quando Tizio si sposerà), nè di regola il *dies incertus an, certus quando*. Dico di regola, perchè può risultare dall'atto la volontà degli autori di esso di protrarre a quel termine l'adempimento dell'obbligazione piuttostochè di subordinarne l'esistenza alla condizione che l'avvenimento si compia (3). Così nell'obbligazione da adempiere quando Tizio raggiungerà l'età maggiore il decidere se siamo in presenza di condizione o di vero termine dipende dall'esame dell'atto e dalla intenzione degli autori di esso. È troppo assoluto dunque il CHIRONI quando porta questo caso come esempio di condizione larvata sotto le sembianze di un *dies* (4): potrebbero infatti le parti aver avuta l'intenzione di fissare l'adempimento per il giorno in cui dalla nascita di Tizio siano passati ventun anno, anche s'egli morisse prima di

---

(1) Art. 1172: « Il termine apposto alle obbligazioni differisce dalla condizione in questo, che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione ». Di fronte a questa esplicita disposizione mi tengo per dispensato dall'entrare nelle molte e sottili dispute, che sull'efficacia del termine si fanno nella dottrina, dove contro il SAVIGNY, il quale appunto ammette il diritto come acquistato immediatamente e solo differitone l'esercizio (cit. *Sistema* III, § 126, pag. 277) è sorto l'UNGER, per cui fino al verificarsi del termine iniziale resterebbe *in suspenso* il diritto stesso del creditore, *Op. cit.*, II, § 83, pag. 89 e segg. Su ciò e contro l'UNGER e suoi seguaci veggansi particolarmente HASENÖHRL, *op cit.*, Vol. I, § 39, pag. 486-487, BURCKHARD, *op.* e *vol. cit.*, § 89, pag. 370 e segg., ma in particolare SIMÉON, cit. *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts*, §§ 4-5, pag. 7- 27.

(2) RAMPONI, *op. cit.*, pag. 13 e 31.

(3) RAMPONI, *op. cit.*, pag. 31.

(4) CHIRONI, cit. *Istituzioni*, Vol. I. § 64, pag. 104 della 1ª edizione (pag. 163 della 2ª).

toccar quell'età. E nell'Art. 517 abbiamo precisamente un esempio di simile modo di considerare tale clausola in tema di usufrutto, poichè vi si legge: « L'usufrutto conceduto sino a che una terza persona sia giunta ad una determinata età dura sino a tal tempo, ancorchè quella persona sia morta prima dell'età stabilita » (1).

Può darsi il caso in cui l'aggiunta *espressa* di un termine sia indispensabile: dico aggiunta espressa, perchè qui non entrano in considerazione i moltissimi casi in cui un termine è talmente necessario, che, nel silenzio delle parti, provvede al modo di stabilirlo la legge. Basterà ripensare alle promesse per pubblici proclami quando per esse venga aperto un concorso a premio. È indispensabile, che il banditore del concorso fissi al tempo stesso il termine per la presentazione dei lavori, e ciò vedemmo già statuito da qualche legislazione (v. s. n. 31 *bis*, pag. 172), del che la ragione è ovvia. Potrebbe darsi altrimenti che il banditore del concorso si sottraesse poi sempre al giudizio e al conferimento del premio, per buoni che fossero i lavori a lui presentati, dicendo di voler attendere per la possibilità che altri ancora, e migliori ne vengano prodotti.

51 bis. È risaputo che vi sono, tutto all'opposto, negozî giuridici i quali non comportano l'aggiunta di condizioni o di termini: così, p. es., nè un *dies a quo* nè un *dies ad quem* sono ammissibili nelle istituzioni di erede, bensì nei legati (Art. 851), nè può farsi *sub condicione* o a termine l'accettazione o la rinuncia di un'eredità. Ma anche in tema di obbligazioni e contratti troviamo simili casi. Così in Diritto marittimo a proposito dell'abbandono delle cose assicurate, in taluni casi consentito all'assicurato verso l'assicuratore, dispone l'Art. 639 Cod. comm. ch'esso non possa farsi in parte, *nè sotto condi-*

---

(1) Ciò appunto io faceva notare in un lavoro critico sulle *Istituzioni* del CHIRONI, inserito nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Vol. IX (pag. 32-60), pag. 42, e alle mie osservazioni si è poi associato il RAMPONI, *op. cit.*, pag. 31-32.

zione. Nel Diritto cambiario ci imbattiamo parimenti nell'Art. 266 Cod. comm., che suona: « L'accettazione (di una cambiale) può essere limitata ad una somma minore di quella indicata nella cambiale. *Qualunque altra limitazione o condizione equivale a mancanza di accettazione e dà luogo all'azione di regresso* ». Nei riguardi degli obbligati in via di regresso accettazione condizionale equivale dunque a difetto di accettazione e però autorizza il portatore della cambiale a levare il protesto e ad agire in regresso verso gli obbligati per cauzione (1). Finalmente per recare altro esempio relativo alla modalità del termine, è a ricordare che l'aggiunta del *dies* non tiene nei patti nuziali. L'Art. 1385 infatti stabilisce che « le convenzioni matrimoniali di qualunque specie non possono cangiarsi in verun modo dopo la celebrazione del matrimonio ». Ora per analogia, sempre cioè allo scopo di evitare gli inconvenienti e le difficoltà connessi a simili mutamenti, è da ritenersi invalido il contratto di matrimonio anche quando si stipulasse che dopo un certo tempo il regime matrimoniale dovesse cambiare. Ne fa del resto espresso divieto il Codice stesso all'Art. 1433 capov. relativo alla comunione degli utili, altro dei regimi patrimoniali fra coniugi che può stipularsi nei patti nuziali (2).

52. III) MODO (3): È un peso imposto a colui al quale si

---

(1) Lo stesso Art. 266 però continua: « ma l'accettante rimane obbligato entro i limiti della sua accettazione ». Così la nostra legislazione, sull'esempio della germanica, ha tenuto il giusto mezzo fra due soluzioni estreme: o di considerare come non fatta rispetto a tutti o rispetto a tutti come semplice (*condicione ablata*) l'accettazione condizionale.

(2) Cfr. BELLAVITE, *Contratto di matrimonio* (Padova, Sacchetto 1876), pag. 5, nota 5.

(3) Pur non annettendo grande importanza a questioni puramente di nomi, concedo allo SCUTO, il più recente e valoroso trattatista del tema fra noi, di non adoperare come sinonimo di *modo* la voce *incarico*, benchè adoprata p. es. nella traduzione ufficiale italiana del Codice austriaco (§§. 709 e segg.) a rendere il tedesco *Auftrag*. Essa infatti può apparire ambigua, chè fa pensare all'impegno di far qualche cosa in nome e per conto d'altri (SCUTO, *Il modus nel Diritto civile italiano* (Catania, Giannotta 1909), n. 8, pag. 15). Ma non so perchè sia da bandire, com'egli fa, l'italimo *modo*, conservando il corrispondente termine latino.

fa una liberalità (1), sia questa *inter vivos* (donazione) o *mortis causa*. Resisto alla tentazione di entrare qui nella disputa se il *modo* abbia ragion d'essere come determinazione accessoria a sè, o se non rientri invece, come specie nel genere, nel cosidetto *presupposto* o meglio *presupposizione* (*Voraussetzung*), ch'è la teoria messa innanzi primieramente dal WINDSCHEID (2) e che ha poi trovati caldi fautori ed avversarî. Gli è che, pur astraendo dalla considerazione che il tema suole aver posto nella Parte generale di un Corso di Diritto civile, ci verrà fatto di toccarne più di proposito nel discorrere della causa nelle obbligazioni, e più particolarmente nei contratti. Diamo dunque per dimostrato che il modo è una speciale figura di determinazione accessoria (*Nebenbestimmung*), avente una sua propria ragion d'essere distinta dalla presupposizione e non in essa assorbita, dato pure che si accolga codesta concezione del WINDSCHEID. Ma perchè poi se ne può discorrere solo in relazione agli atti gratuiti? Perchè gli onerosi necessariamente importano una prestazione per ciascuna delle parti, e quindi un onere imposto ad una di esse non è altro che parte della prestazione da lei dovuta (3). Nella donazione invece il modo

---

Vero che la parola *modo* è di frequente usata negli altri suoi significati volgari (SCUTO, ivi), ma altrettanto allora s'avrebbe a dire delle parole *condizione*, *azione* e di cento altre, che pure si adoperano in luogo di *condicio*, *actio* ecc. semprechè dal contesto risulti quel senso tecnico (il significato *proprio* di cui all'Art. 3 Dispos. prelim. Cod. civ.) e non l'altro o gli altri d'uso volgare. Nel Codice sono usate le espressioni onere e peso (Art. 1051, 1077, n. 3, 1080) che rispondono al francese *charge*, al Tedesco *Auflage*. Impropriamente per *modo* è adoprata la voce *condizione* nell'Art. 1128 capov. Cod. civ.

(1) SERAFINI, *op.* e *vol. cit.*, § 28, pag. 207 (6ª ediz.).

(2) WINDSCHEID, *Die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung* (Düsseldorf, Buddeus 1850 e *Pandekten*, I, §§ 97-100, pag. 435-446 (8ª ediz.). Chi ignaro o mal pratico della lingua tedesca, amasse tuttavia formarsi un concetto di questa teoria del WINDSCHEID, vegga SEGRÈ, *Alcune osservazioni sulla teoria del presupposto nei riguardi del Diritto romano e del Diritto moderno*, in *Filangieri*. XV (1890), parte I, pag. 329 e segg. e, per i particolari suoi rapporti con il *modo*, SCUTO, *op. cit.*, n. 22-31, pag. 40-72.

(3) Cfr. PERNICE, *Labeo*, *vol. cit.*, pag. 3-4, ove si nota come sia oramai universalmente repudiato il sistema di quei vecchi autori (GLÜCK, GÜNTHER, HO-

diminuisce normalmente l'importo del beneficio, ma non può considerarsi come controprestazione, sì da tramutare l'atto di gratuito in oneroso, onde la dichiarazione dell'Art. 1051, essere donazione « quella pure che imponga qualche peso al donatario ». Però è certo che una notevole influenza l'aggiunta dell'onere deve averla, sì da accomunare, in parte almeno, alla donazione principî che altrimenti non le si applicherebbero. Così ad es. per l'Art. 1077 n. 3, quando trattisi di donazione che imponga oneri al donatario, sino alla concorrenza dell'importare degli oneri gli è dovuta la garantia per evizione, la quale invece di regola non ha luogo nelle donazioni che non siano modali.

Si potranno fare eventualmente, in vista di ciò, delle distinzioni e suddistinzioni influenti sulla varia natura giuridica dell'atto, da considerarsi o come puramente gratuito ad onta del *modus*, o come *negotium mixtum cum donatione*, come atto unilaterale o bilaterale, bilaterale gratuito od oneroso e simili, secondochè l'onere sia imposto a profitto del donante o di un terzo o nell'interesse dello stesso donatario (es. ti dono la tal somma col patto che tu la investa in rendita nominativa per maggior sicurezza) o l'interesse sia parte dell'uno, parte dell'altro, sia morale o materiale, estimabile a danaro e così via. Queste distinzioni e suddistinzioni, che ci verrà fatto di esaminare nella Sezione consacrata agli *effetti* delle obbligazioni modali, sono state presentate fra noi con ricchezza di particolari dall'Ascoli nel già lodato suo libro sulle donazioni (1) e recentemente dallo Scuto (2). Si potrà dunque, io dicevo, e si dovrà, trattandosi di atti *inter vivos*, distinguere caso da caso. Ma non mi persuade invece, io scriveva nella 1ª edizione, perchè troppo recisa, l'affermazione del Chironi che il modo (considerato da lui come negozio accessorio meglio che come determinazione accessoria) possa accedere come tale *solo* agli atti di

---

facker, Thibaut) che, dando al *modus* il significato di *finis* (scopo finale), ne parlavano anche in riguardo agli atti onerosi. Ed ora è da aggiungere Scuto, *op. cit.*, che dell'argomento si è occupato a lungo e molto felicemente ai n. 44-49, pag. 107-117.

(1) Ascoli, *op. cit.*, § 23, pag. 293 e segg.

(2) Scuto, *op. cit.*, *passim* e specialmente ai n. 55, 56 pag. 129-130, n. 68-90, pag. 160-213, n. 125-128, pag. 261-267.

ultima volontà per ciò che *sempre* la sua apposizione ad un contratto si risolva in un patto attinente al negozio principale, ovvero in una condizione (1). Mi compiaccio di vedere che l'illustre Collega nella recente 2ª edizione ha temperato la sua affermazione scrivendo che il *modo*, quale negozio accessorio col quale è imposto un onere all'acquisto ch'è nel fine del negozio *principale*, accede *specialmente* agli atti di ultima volontà e poco dopo ammette che « nei contratti a titolo gratuito il modo contiene un onere fatto accedere alla loro speciale natura » (2). Rimane ancora però senza ragione quell'avverbio *specialmente*, che non so davvero quanta base abbia di dati statistici, se con esso siasi inteso di dire che sono più i lasciti modali che non le donazioni modali.

D'altra parte con troppa precipitazione e in poche righe che fanno strano riscontro alla elaboratissima trattazione dello SCUTO testè ricordata, il COVIELLO, annotando una sentenza della Corte d'Appello di Napoli va all'opposto eccesso. Egli cioè dalla giusta affermazione di detta sentenza che all'Art. 1165 (risoluzione di contratto bilaterale per inadempimento da parte di uno dei contraenti) si faccia luogo solo trattandosi di mancanza ad uno degli obblighi *principali*, deduce che dunque di *modus* si possa parlare anche nei contratti a titolo oneroso (3). Che agli effetti dell'Art. 1165 non basti l'inadempimento di un qualsiasi obbligo, per quanto secondario, è un conto e, senza tanto dissonante, mi parrebbe bastante a provarlo l'Art. 1595 che per la locazione di cose dispone al capov. « se una delle parti *manca alle sue principali obbligazioni* si può dall'altra chiedere la risoluzione del contratto in conformità dell'Art. 1165 ». Ma non c'è proprio ragione di ricondurre per questo sotto il concetto del *modo* dette obbligazioni non principali. Tanto poco c'è ragione di far questo, così dissociata (anzichè conseguenziale) è una cosa dall'altra, che anzi nelle donazioni modali l'inosservanza del *modo* è causa di revoca (Art. 1080).

È sottile e molte volte difficile a farsi in pratica la distinzione fra la condizione ed il modo, specialmente fra il modo e la condizione sospensiva potestativa, fra il modo e la

---

(1) CHIRONI, *cit. Istituzioni*, Vol. I, § 68 pag. 110 della 1ª edizione.

(2) *Op. cit.* I, § 68, pag. 172 della 2ª edizione.

(3) COGLIOLO, *Il « modus » nei contratti*, in *Il Diritto commerciale*, Vol. XXX (1911), pag. 179-180.

condizione risolutiva. Comunque, gioverà porre i seguenti criterî: A differenza della condizione sospensiva potestativa, il modo non lascia in sospeso il conseguimento del beneficio, questo lo si ottiene subito. Esempio. Tizio dichiara di donare a Caio, che accetta, una somma, se Caio cederà la casa sua propria ad un Ospizio pio che ne abbisogna: qui abbiamo la condizione e finchè Caio non cede la casa all'Ospizio, non acquista la somma donatagli. Invece se Tizio stipula con Caio di donargli quella somma, poi soggiunge che lo incarica di dare la casa ecc., Caio, donatario puro e semplice e non condizionale, otterrà immediatamente la somma. Il difficile poi sarà (e qui norme assolute, a priori, non se ne possono dare versandosi in tema di interpretazione di volontà) il determinare caso per caso, con riguardo all'intenzione degli autori dell'atto, più che alle parole, se siamo in cospetto di un modo o di una condizione sospensiva. Nell'effetto di rendere eseguibile subito la disposizione testamentaria o la donazione il modo si pareggia alla condizione risolutiva, ma se ne differenzia perchè il terzo avvantaggiato dal modo ha azione per ottenere il conseguimento dall'erede o legatario o donatario sotto pena ch'ei decada dal beneficio, mentre non la ha il terzo che si troverebbe avvantaggiato ove la condizione si adempiesse nel caso ch'essa sia stata apposta come risolutiva. Esempio: Tizio dona una somma a Caio, ma soggiunge ch'egli decadrà dal beneficio, in altre parole dovrà restituirgli la somma, se esso Caio non ceda entro un anno la propria casa al tale Ospizio. Qui si ha la condizione risolutiva: è in arbitrio del donatario il fare o no detta cessione all'Ospizio, dal che dipenderà ch'egli definitivamente acquisti o no la somma donatagli: non può chi rappresenta l'Ospizio muoversi, all'espiro dell'anno, per costringervelo: alias invece se la stessa disposizione abbia carattere modale (1). Ma già incidentalmente ho avuto poco fa occasione di notare, e meglio si svolgerà a

---

(1) Cfr., fra tanti, LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il Cod. civ. it.* (Torino, Bocca, 1884), pag. 318 e SCUTO, *op. cit.*, n. 34 e segg., pag. 75 e segg.

suo luogo, come la teoria del modo nelle obbligazioni si intrecci a quella della condizione risolutiva, inquanto origina a favor del donante la condizione risolutiva tacita pel caso di suo inadempimento (Art. 1078, 1080 cfr. coll'Art. 11[illegible]

53. Ora che possediamo completa la nozione dell'obbligazione per l'esame dei suoi requisiti essenziali nonchè delle principali modalità accessorie, si tratterà di studiarla nelle sue cause, nei suoi effetti, nella sua estinzione. Sono questi infatti i momenti che importa seguire nello studio di qualsiasi istituto giuridico, occorrendo sapere come nasca, come viva, quando e come cessi di esistere. Indagherò separatamente questi tre momenti tenendo presente il caso semplice di obbligazione avente un solo creditore ed un solo debitore. Seguirà lo studio dei mezzi onde assicurare e conseguire l'adempimento dell'obbligazione, con particolare riguardo alla cosidetta azione surrogatoria (Art. 1234) ed all'azione pauliana (Art. 1235).

Solo dopo di ciò converrà consacrare una Parte separata e distinta all'ipotesi di pluralità di subbietti, inducente, o per sè stessa o per la qualità della prestazione dovuta, l'applicazione di norme speciali (solidarietà e indivisibilità).

Completeranno finalmente il Corso altre due Parti, l'una avente per tema il passaggio delle obbligazioni attivamente o passivamente da persona a persona, l'altra le prove. Ma evidentemente queste due ultime parti, da considerarsi piuttosto come appendici, reclameranno una trattazione spedita, per non invadere il dominio di altri trattati speciali, quali

---

(1) Ciò diciamo nella già riservata ipotesi (v. *supra*, n. 48 pag. 240) che si trovi corretta qui la figura della condizione risolutiva, anzichè di patto commissorio tacito.

(2) Deliberatamente qui taccio dell'ipotesi di un modo impossibile o illecito. Il decidere se *vitiat* o *vitiatur* (dato che la legge ne tace a differenza di ciò che ha fatto per le condizioni) e se e in che senso s'abbia a distinguere, specie per il caso di impossibilità, la iniziale (esistente già quando fu fatta la donazione modale) dalla sopravvenuta, presuppone la trattazione di principî da svolgersi in seguito, particolarmente sugli *effetti* delle obbligazioni modali in generale.

sono in particolare le *Successioni* e la parte del Diritto giudiziario civile che si riferisce alle prove in generale.

Verrebbe ora dunque, secondo l'ordine logico, il discorso intorno alle cause onde originano le obbligazioni. Ma qui si presenta opportuno uno spostamento. Tratterò cioè prima, per la maggiore generalità del tema attinente a tutte quante le obbligazioni, degli effetti di esse, e passeremo poi alle singole cause delle obbligazioni, alle quali sono inoltre inerenti degli effetti particolari.

Indice provvisorio del vol. I, parte I (*)

(*) L'indice particolareggiato dell'intero volume e l'errata-corrige si pubblicheranno alla fine della II parte.